العقـــود الإداريـــة

دكتـــور

جابر جاد نصار

الأستاذ بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

والمحامي بالنقض والإدارية العليـا

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

الحمد لله

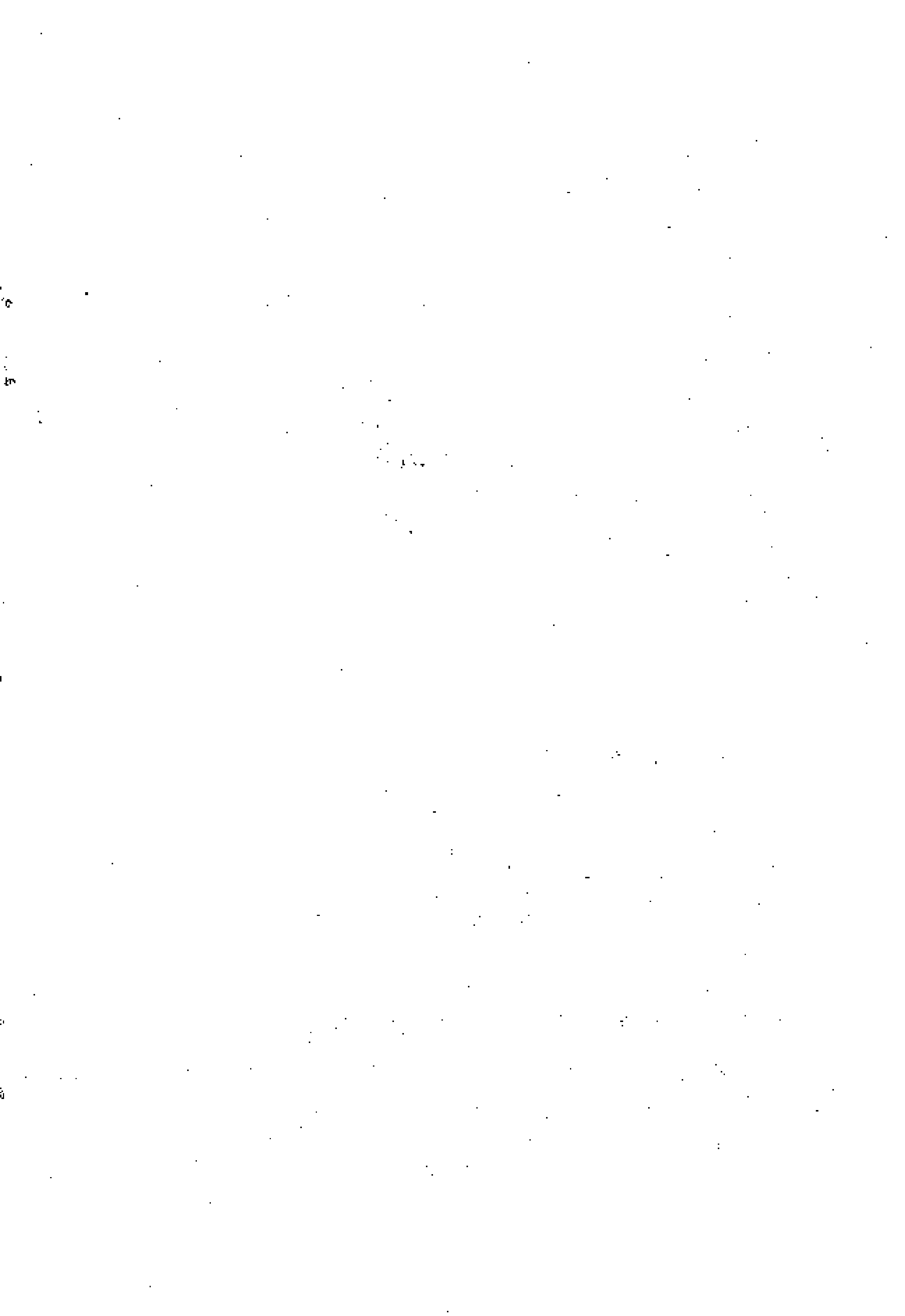
لائحة كل خير وتمام كل نعمة

بسم الله الرحمن الرحيم

« سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا

إنك أنت العليم الحكيم »

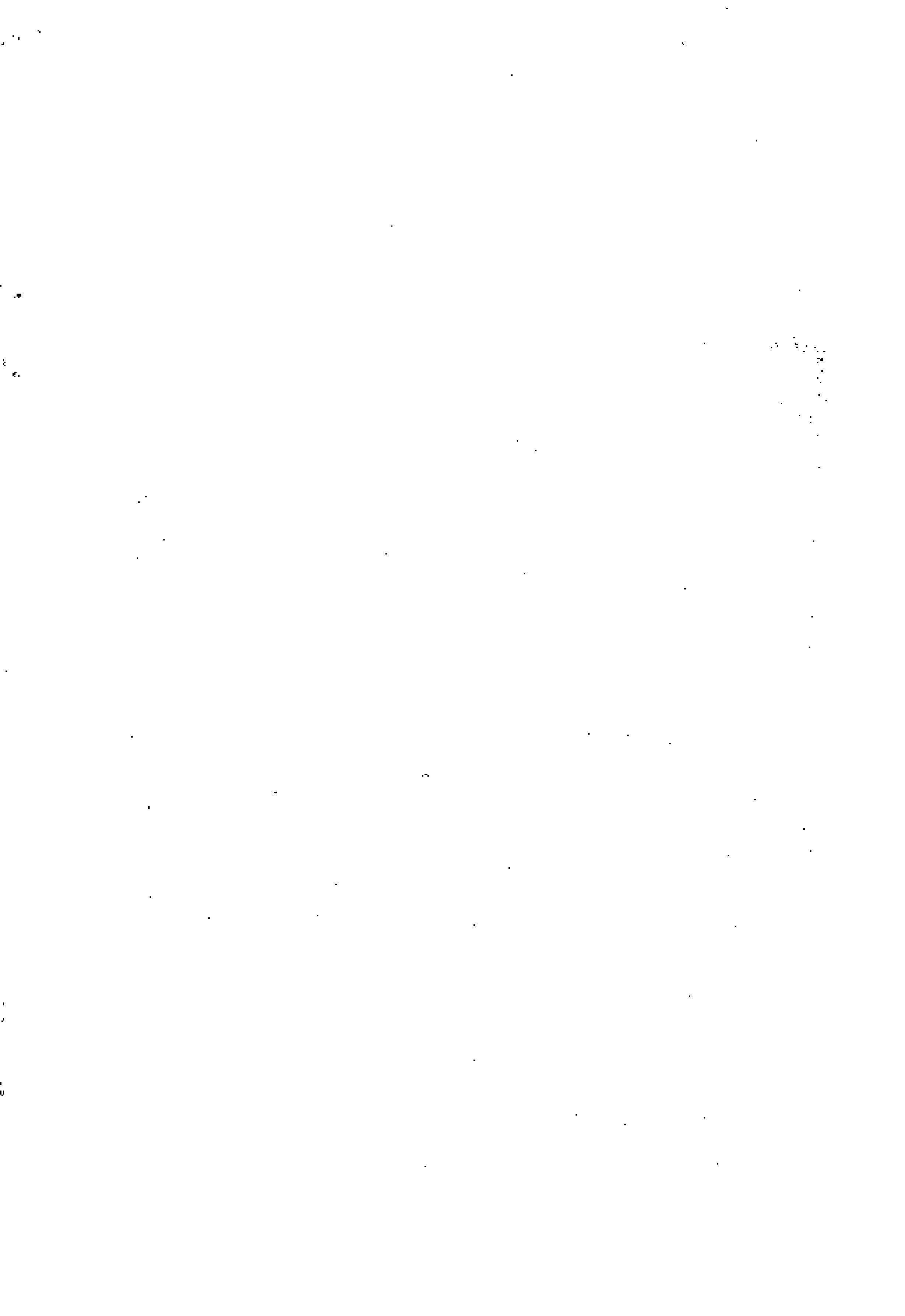
(سورة البقرة من الآية ٣٢)



إهـــداء

لم يكن من عادتي إهداء بعض ما اكتب ولكـــن الرغبة تملكتني أثناء مراجعة هذه الطبعة لإهداء هذا المؤلف إلى مجلس الدولة المصري مبنى ومعنى وقضـاة عظامـاً – السابـق منهم واللاحـق – الذيـن ابتدعوا نظريات القضاء الإداري باقتدار فائق .

المؤلـف



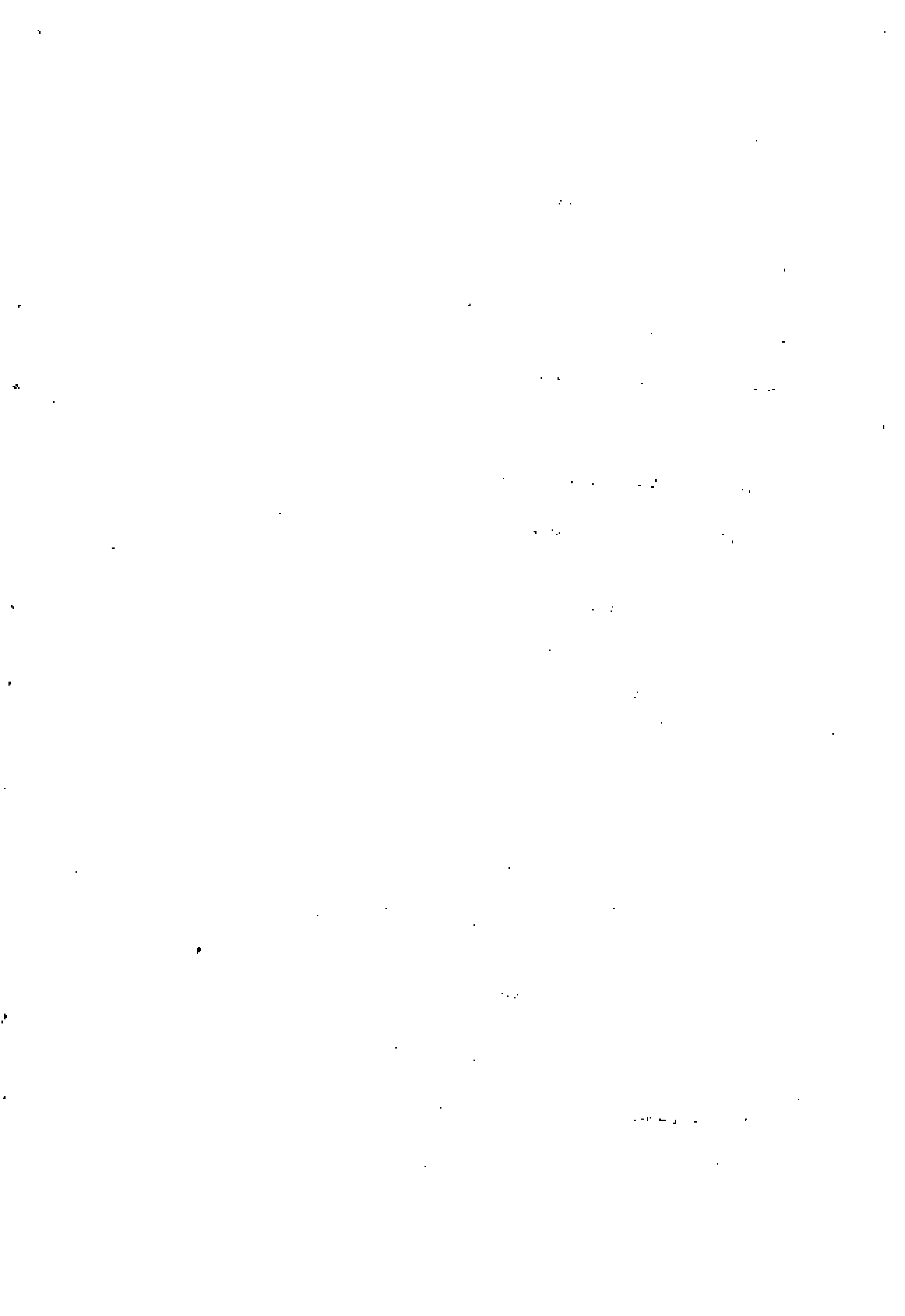
مقدمة الطبعة الثانية

تأتى الطبعة الثانية لمؤلفنا فى العقود الإدارية فى وقت تتزايد فيه أهمية هذه العقود بحسبانها وسيلة من وسائل الإدارة فى ممارسة أنشطتها واقتضاء حاجاتها . وهذه الطبعة كسابقتها تهتم بالمشكلات العملية فى إبرام العقود الإدارية وفى تنفيذها . مستهدية فى ذلك بالحلول التى يتبعها مجلس الدولة المصرى قضاءً وإفتاءً فى هذا الصدد . ولذلك فقد ابتعدت هذه الدراسة عن الخوض فى مشكلات نظرية أو الاستطراد فى مساجلات فقهية.

وإذ نقدم هذه الدراسة للمهتمين والدارسين فى هذا المجال فإننا ندعو الله أن تحوز قبولهم ويجدوا فيها ما يرضيهم .

والله ولى التوفيق ...

المؤلف



مقدمة الطبعة الأولى

من المسلم أن العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين . على أنه إذا كان أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه – كقاعدة عامة – فإن الأمر يختلف كثيراً بالنسبة للعقد الإدارى باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفاً فيه تبرمه باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام مستخدمة في ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف من ورائه إدارة مرفق عام أو تسييره . ومن ثم فإن المشرع حدد نظاماً معيناً للعقد الإدارى يحكمه في مراحله المختلفة بدءاً من ضرورة رصد الاعتمادات المالية، ثم قواعد إبرامه ، وبعد ذلك كيفية تنفيذه وتحديد آثاره .

والعقد الإدارى يمثل إلى جوار القرار الإدارى أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها . فالإدارة تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات إدارية ملزمة للأفراد . ويعد القرار الإدارى أهم الأساليب التى تلجأ إليها الإدارة لممارسة نشاطها وذلك لسهولته ، وبساطه إجراءاته ، وسرعته في تحقيق رغبات الإدارة .

«على أن ذلك لا ينفى أهمية العقد في مجال القانون العام .فالإدارة لا تستطيع أن تتصرف في أموال الأفراد أو أن تستعين بخدماتهم رغماً عنهم دائماً وبصورة مطلقة ..»(١) .

وعلى ذلك فإن العقد الإدارى يعد أسلوباً من أساليب ممارسة الإدارة

---

(١) ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية – دار النهضة العربية – ص٦ .

لنشـــاطها . ولاشك أن هذه الأهمية سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولة نحو سياسة الاقتصاد الحر وانحسار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام فى مجالات ضيقة ومحدودة .

«فالانتقال من اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدى إلى زيادة وأهمية العقود التى تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم تجارية ، لأن اقتصاد السوق قائم على التخلى عن الأوامر وأساليب القهر ...»(١).

وإذا كانـــت للعقود الإدارية هذه الأهمية بحسبانها أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها المتعدد الأوجه . فإن دراسة العقود الإدارية تثير العديد من المســـائل الـــتى تـــتعلق بـــتحديد العقـــود الإدارية وبيان نشأتها وإخضاع منازعاتها لقضاء إدارى متخصص يختلف عن القضاء العادى ويطبق قواعد مخـــتلفة عـــن قواعد القانون المدنى وهى قواعد القانون الإدارى . كما أن عملـــية تكويـــن هـــذه العقود تصبح أكثر أهمية . وذلك لأنه بقدر استقامة طريقة تكوين العقد وسلامتها فإنه يستطيع أن يحقق أهدافه والتى تصب فى النهاية فى روافد المصلحة العامة .

ولأهمية عملية تكوين العقد الإدارى فإن القوانين المعنية فى الدولة تـــنظم هـــذه العملية بدءاً من الإجراءات التمهيدية اللازمة قبل التعاقد مثل الاذن المـــالى أو الموافقـــات السابقة وغير ذلك .. مروراً بأساليب التعاقد الإدارى كالمناقصـــة والمـــزايدة بأنواعهـــا المخـــتلفة والممارسة والاتفاق المباشـــر وغـــير ذلـــك مـــن النظم التى قد ينص عليها القانون . وانتهاء بالتصديق على العقد واعتماده ودخوله فى طور التنفيذ .

---

(١) سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية ص٢٩٤ .

بـل إن أهمـية تكوين العقد الإدارى تجاوزت القوانين المحلية فى الـدول المخـتلفة إلى اهتمام الأمم المتحدة بهذه العملية فقد أصدرت لجنة الأمـم المتحدة للقانون التجارى الدولى ما يعرف باسم « القانون النموذجى لإشتراء السلع والإنشاءات » ويسمى أيضاً بقانون اليونسترال (١) .

وفـى العقود الكبرى – وأغلب العقود الإدارية عقود كبيرة – يصل الأمر إلى حد الإحالة إلى صيغ معروفة ومدروسة بواسطة فنيين ومهندسين وإقتصـاديين ، ولا تكفى فقط الخبرة القانونية ولعل أهم مثال على ذلك عقد الفـيديك FIDIC وهـو صـيغة أعدهـا الاتحـاد الدولـى للمهندسـين الاستشاريين »(٢).

Fédération internationale des ingenieurs Conseils

وممـا سبق يتضح أهمية عملية تكوين العقود الإدارية وما تتطلبه مـن حسـن إبرام العقد وضرورة اختيار المتعاقد مع الإدارة اختياراً سليماً حـتى تتجنب الإدارة إهدار إعتماداتها المالية ، وتعطيل أعمالها ، ودخولها فى منازعات قد تستمر فترات طويلة .

وهـو أمر يبرر عنايتنا بدراسة هذه الأساليب تفصيلاً من خلال هذا المؤلف .

ثـم تـأتى بعد ذلك مرحلة تنفيذ العقد الإدارى وما يترتب عليه من

---

(١) نحـن نفضـل فى الحقيقة تسميته مشروع القانون النموذجى .. أو مشروع قانون اليونسـترال . إلا أن وثـائق إصدار القانون وما يأخذ به الفقه القانونى ولا سيما أساتذة القانون التجارى والقانونى الدولى الخاص هو تسميته بالقانون ولاعتبارات عملية التزمنا بذلك.

(٢) سعاد الشرقاوى – المرجع السابق ص٢٨٨ .

آثار تتعلق بحقوق المتعاقد مع الإدارة وسلطات الإدارة تجاه هذا المتعاقد . وفي هذا وتلك يتجلى الخلاف بين نظرية العقود الإدارية ومثيلتها في محيط القانون المدني . ففي حين يخضع العقد المدني في تنفيذه لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وضرورة احترام ما اتفق عليه الأطراف فإن الأمر في إطار العقود الإدارية يختلف كثيراً فارتباط هذه العقود بفكرة المرفق العام وضرورة انتظامه يخضع هذه العقود لنظام قانوني مختلف ، يخول جهة الإدارة المتعاقدة سلطات أوسع تجاه المتعاقد معها . وفي المقابل يرتب لهذا المتعاقد كثير من الحقوق حتى يتوازن بها العقد ولا يصبح مغرماً له في كل الأحوال .

وترتيباً على ما سبق فسوف تكون دراستنا للعقود الإدارية وفقا لما يلي :

الباب الأول : العقود الإدارية في فرنسا ومصر .. النشأة والمفهوم .

الباب الثاني : إبرام العقود الإدارية .

الباب الثالث : التحكيم وتأثيراته على العقد الإداري .

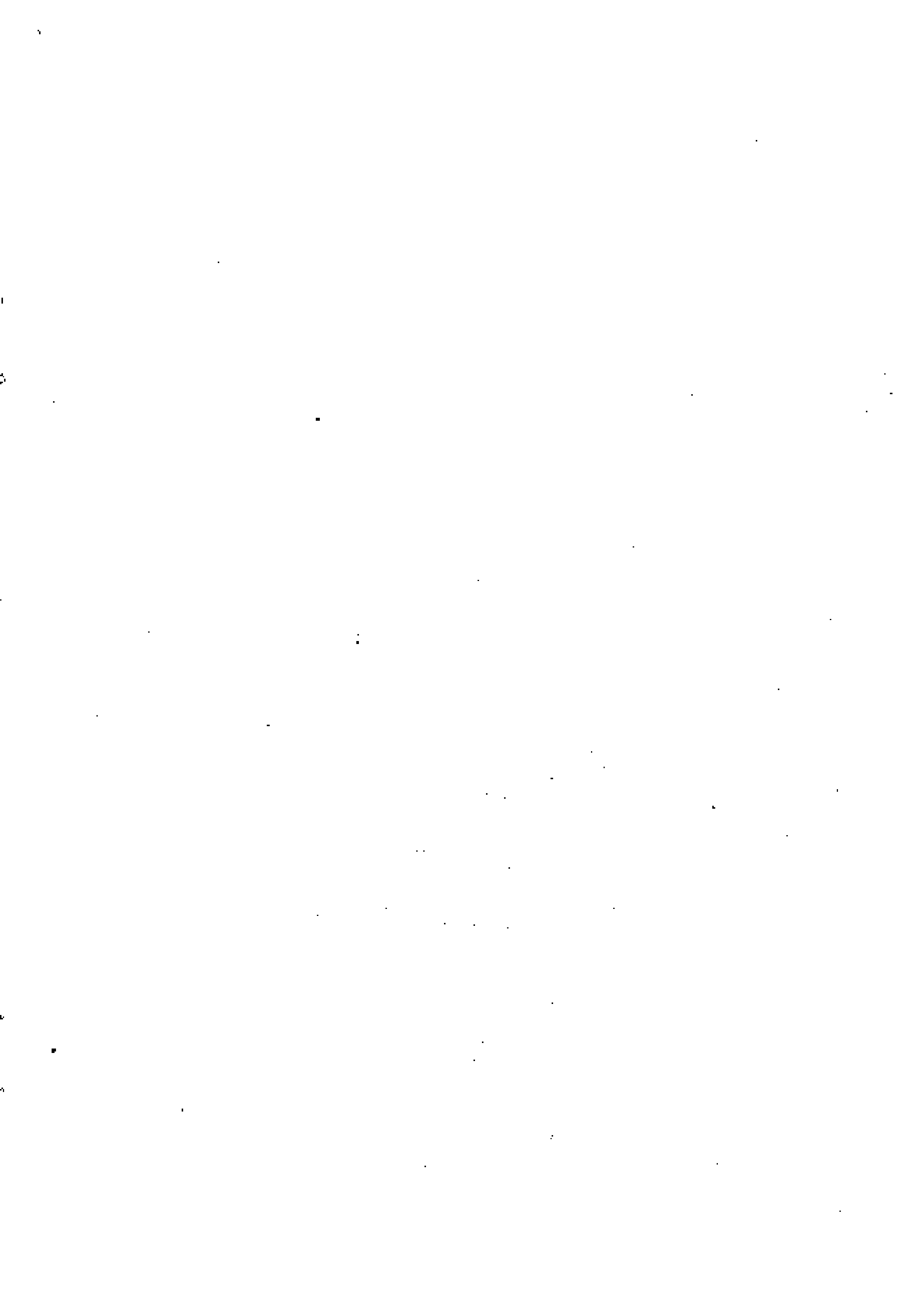
الباب الرابع : آثار العقود الإدارية .

الباب الخامس: انتهاء العقود الإدارية .

الباب الأول

العقود الإدارية فى فرنسا ومصر

النشأة والمفهوم



الفصل الأول

نشأة العقود الإدارية فى فرنسا ومصر

المبحث الأول

نشأة العقود الإدارية فى فرنسا

من المسلم أن اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات الإدارية فى فرنسا قد نشأ فى بداياته الأولى مقترناً بظروف تاريخية واكبت قيام الثورة الفرنسية وأدت إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بين السلطات من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية عن اختصاص المحاكم العادية حماية للإدارة من تدخل هذه المحاكم . وانتهى الأمر بإنشاء مجلس الدولة ليختص بالنظر فى المنازعات الإدارية .

وفى إطار تحديد اختصاص القضاء الإدارى فى بداية الأمر ساد المعيار الشكلى والذى يحدد اختصاص هذا القضاء بنظر المنازعات التى تكون جهة الإدارة طرفاً فيها أياً كان موضوعها .

على أن هذا الأمر لم يكن ليستمر طويلاً . فقد اتضح أنه يؤدى إلى اختصاص القضاء الإدارى بكافة المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها على الرغم من أن بعض هذه المنازعات يجب خضوعها للقضاء العادى نظراً لغياب عنصر السلطة فيها . ولذلك كان من المحتم أن يلجأ الفقه والقضاء إلى معيار جديد لتحديد اختصاص القضاء الإدارى . ووفقاً لهذا المعيار ومداه كان اختصاص هذا القضاء بالنظر فى منازعات العقود الإدارية وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية وظهور فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون

قام هذا المعيار على فكرة بسيطة تفرق فى نطاق أعمال الإدارة بين نوعين من الأعمال: التصرفات التى تستخدم فيها جهة الإدارة سلطاتها وبمقتضاها تستطيع أن تأمر وأن تنهى والثانية هى تلك التصرفات العادية التى تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد وتتعامل معهم بذات الأسلوب الذى يتعاملون به فيما بينهم .

وترتب على الأخذ بهذا المعيار أن العقود الإدارية جميعها تعتبر من أعمال الإدارة العادية ذلك أن هذه العقود لا تتضمن من مظاهر السلطة شئ. على أنه لا يخفى ما ترتب على هذا المعيار من نتائج شاذة أدت إلى استبعاد العقود الإدارية من نطاق اختصاص القضاء الإدارى . وهو ما أدى بالمشرع الفرنسى للتدخل وإصباغ الصفة الإدارية لبعض العقود التى تبرمها جهة الإدارة ومن أمثلة ذلك قانون ٢٨ بليفيوز السنة الثامنة الذى جعل من اختصاص مجالس الأقاليم النظر فى المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة . وقانون ١٧ يوليو سنة ١٧٨٠ و ٢٦ سبتمبر سنة ١٧٩٣ الخاص بعقد القرض العام الذى تبرمه الدولة والمرسوم بقانون الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ الخاص بالعقود التى تتضمن شغلاً للدومين العام .. وعلى ذلك فإن هذه العقود اكتسبت الصفة الإدارية بتحديد القانون .

وقد عمل مجلس الدولة الفرنسى – فى إطار توسيع اختصاصاته –

وتحجيماً للآثار التى ترتبت على الأخذ بمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية إلى مد اختصاصه بالنظر فى منازعات عقود أخرى لم تشملها النصوص السابقة وذلك عن طريق القياس أو التوسع فى التفسير . فأدخل فى نطاق عقود طلب المعاونة أو عقود تقديم خدمات قبل تلك التى تتعلق بالإضاءة أو النظافة باعتبار أنها تتضمن عنصر من عناصر عقد الأشغال[١].

المطلب الثانى

ظهور معيار المرفق العام

ظهرت فكرة المرفق العام ابتداء كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإدارى فى حكم روتشيلد الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٥ فى مجال المسئولية الإدارية غير التعاقدية . وما لبث أن تلقفها الفقه والقضاء وأراد لها أن تكون معياراً يحدد اختصاص القضاء الإدارى وأساساً يبرر وجود قضاء إدارى متخصص فى نظر المنازعات الإدارية .

وفى مطلع القرن العشرين وبصدور حكمTerrier والذى خلص فيه إلى أن اختصاص القضاء الإدارى إنما يدور وجوداً وعدماً مع كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام أياً كان نوعه وأياً كانت الوسيلة التى تستخدمها الإدارة فى ذلك وبصرف النظر عن كونها عملاً من أعمال السلطة أو عملاً من أعمال الإدارة العادية .

ووفقاً لهذا المعيار كانت العقود الإدارية من اختصاص القضاء

---

(١) ثروت بدوى – النظرية العامة للعقود الإدارية – المرجع السابق – ص١٢٨ ، سليمان محمد الطماوى – الأسس العامة – ص٣٢ .

الإدارى وفقاً لهذا الحكم . على أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام لم يكن وحده العامل الحاسم فى تحديد اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات التى تثور حوله وإنما ذهب المفوض روميو فى تقريره - سابق الإشارة إليه - إلى أنه يجب أن تلجأ الإدارة فى إبرام عقودها إلى أساليب القانون العام أى تتعاقد بوصفها سلطة عامة ، فإن هى فضلت أن تنزل منزلة الأفراد وتتعاقد بأسلوبهم فإن العقد يكون مدنياً ولا يجديها فى إصباغ الصفة الإدارية عليه مجرد اتصاله بنشاط مرفق عام . وهو ما سوف نعود إليه بشئ من التفصيل عند الحديث عن المعيار المميز للعقد الإدارى .

المبحث الثانى
نشأة العقود الإدارية فى مصر
المطلب الأول
مرحلة القضاء الموحد

ما من شك فى أن فكرة العقود الإدارية وتطورها فى النظام القانونى الفرنسى إنما نشأت فى كنف الازدواج القضائى وإنشاء قضاء إدارى يختص بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية . إذ أن هذا القضاء هو الذى دأب على العمل على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التى تطبق أمام المحاكم العادية وهو ما ساهم بقدر كبير فى إنشاء القانون الإدارى الذى يعد بطبيعته قانون قضائى . وهو الأمر الذى ينصرف بدوره على نظرية العقود الإدارية .

وعلى ذلك فإن القضاء المصرى قبل إنشاء مجلس الدولة سنة

١٩٤٦ لم يكن يعرف القواعد الإدارية التى تطبق على العقود الإدارية فى القضاء الإدارى الفرنسى . وكان يطبق على عقود الإدارة القواعد الخاصة التى تنظمها على فرض وجودها . فإن لم يكن ثمة قواعد من هذا النوع فإنه يطبق عليها قواعد القانون المدنى . فعلى خلاف القاضى الإدارى فإن القاضى المدنى يقنع دائماً بدوره في تطبيق القانون دون المساهمة فى خلقه وابتداعه عند غياب النص التشريعى .

ومن أهم الأمثلة التى يضربها الفقه تأييداً لذلك هو رفض القضاء العادى تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتى أقرها مجلس الدولة الفرنسى من قبل ففى حكمها بتاريخ ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة على شركة مياه الإسكندرية حقها فى طلب زيادة المقابل الذى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً . وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الإدارة وأن ليس للقضاء أن يعتدى على حق الإدارة فى هذا الخصوص لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقيات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها(١) .

وهو ما أكدته محكمة الإسكندرية المختلطة بقضاء لاحق فى ٦ مايو ١٩٢٦ مقررة أن «القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تنحصر في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التى تعقد وأن هذه المبادئ تسرى على الامتيازات التى تبرمها الإدارة ...»(٢).

ومضت المحاكم الأهلية على ذات الدرب والتزمت ما سبق وقررته

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلفة - السنة ٣٦ ص٢٨١ .

(٢) الجازيت - السنة ١٦ - ص٢٥٥ .

المحـــاكم المختلطة وعندما أرادت محكمة الاستئناف تلمس العدالة وتطبيق نظـــرية الظروف الطارئة اهتداء بما قرره القضاء الإدارى فى فرنسا وقفت لها محكمة النقض بالمرصاد وألغت قضاءها فى ذلك .

فقـــد تعلـــق الأمـــر بمتعاقد مع الإدارة على توريد كمية كبيرة من الشـــعير فى وقت كانت الحكومة تفرض تسعيرة محددة للشعير فما إن شرع المـــتعهد بـــتوريد ما اتفق عليه حتى ألغت الحكومة التسعيرة فارتفع سعر الشـــعير بصـــورة كبـــيرة فتوقف عن تنفيذ التزاماته فاشترت الإدارة على حسابه ورفعت دعوى أمام محكمة أول درجة لتطالبه بفرق الثمن فدفع ذلك بالظـــروف الطارئـــة . فرفضـــت المحكمة دفعه ولما رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف مقررة «انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين» .

وعـــندما اتصـــلت محكمة النقض بالدعوى أصدرت حكمها فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ فألغت حكم محكمة الاستئناف لأنه أخطأ فى تأويل القانون بـــتقريره المســـاواة بيـــن الظرف الطارئ الذى يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للملـــتزم وبيـــن الحادث الجبرى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقـــة» . وقـــررت أنه «ومن حيث إنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة تقـــوم على أساس العدل والعفو والإحسان إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تســـتبق الشـــارع إلـــى ابتداعها فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ..»[1].

وعلـــى الرغم من مجافاة هذا القضاء لمنطق العدل وضرورة النظر إلـــى مـــنازعات العقود الإدارية نظرة مختلفة تستدعى تطبيق قواعد خاصة

---

(١) المجموعة – حكم رقم ١١٠ – ص٢١٠ .

ومغايرة لتلك التى ينتظمها القانون على هذه المنازعات . فإن هذا الاتجاه القضائى قد ظل ثابتاً ولم يغير فيه اتجاه بعض أحكام القضاء التى أعلنت عدم رضاها عن ذلك ومنها حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ يناير ١٩٣٣ والتى قررت فيه «أنه فى حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدى للمنازعات المتولدة عن تلك العقود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتى يمكن استمدادها من المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون الإدارى ذلك القانون الذى يوجد حتماً فى كل دولة متحضرة»[١].

واستمر الحال كذلك حتى صدر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة . ومن قبله أنشأ المشرع القضاء الإدارى بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وبدأت رحلة القضاء الإدارى بنظر المنازعات الإدارية تتسع رويداً حتى بلغت مداها بصدور دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ ومن بعده قانون مجلس الدولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٢ ليصبح المجلس صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية .

المطلب الثانى

مراحل اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية

أ - القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ واستمرار خضوع العقود الإدارية للقضاء العادى :

كان طبيعياً عند إنشاء محكمة القضاء الإدارى لأول مرة فى مصر بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ أن يأتى اختصاصها على سبيل الحصر .

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة - السنة ٤٥ - ص ١١٤ .

ولــم يرد فيه أية إشارة تتعلق بالعقود وظلت المحاكم العادية هى المختصة بمنازعات العقود الإدارية حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ .

ب - القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ واختصاص القضاء الإدارى بنظر بعض منازعات العقود الإدارية :

نصــت المــادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على أن «تفصــل محكمــة القضـــاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشـــغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد .

ويترتـــب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عــدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية . كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإدارى ... » .

وقد كان هذا التنظيم محل انتقاد فى الفقه من نواح ثلاث :

فمن ناحية أولى : أنه حدد اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات بعض العقــود الإدارية وهى عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد الإدارية وإذا كانــت هــذه العقــود الثلاثة تعتبر أهم أنواع العقود الإدارية وأكثر العقود الإدارية تطبيقاً فى الواقع العملى إلا أنها ليست كل العقود بطبيعة الحال .

ومن ناحية ثانية : من الناحية الموضوعية فإنه فى نطاق اختصاص القضاء الإدارى بهذه العقود اقتصر على المنازعات التى تنشأ بين الحكومة والمــتعاقد معهــا . أمـــا غيرها من المنازعات فإنها تكون من اختصاص المحاكم العادية .

ومن ناحية ثالثة : فــإن اختصـــاص القضـــاء الإدارى بـــنظر هذه

المنازعات لم يكن خالصاً له وحده دون سواه وإنما كان شركة بينه وبين القضاء العادي ، ويترتب على رفع الدعوى أمام إحدى الجهتين عدم جواز رفعها أمام الجهة الأخرى وهو ما كان يمثل - بلا جدال - شذوذاً فى التنظيم القانونى يتعارض مع فكرة وجود قضاء إدارى مستقل بنظر هذه المنازعات وهو الأمر الذى تغير بصدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ .

ج - اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية فى ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ :

نصت المادة العاشرة من هذا القانون على أن «يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر» .

وبهذا النص أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص الوحيد بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية . وهو الأمر الذى أطلق يد هذا القضاء فى ابتداع وتطبيق قواعد القانون الإدارى على منازعات العقود الإدارية وهى قواعد تختلف عن قواعد القانون المدني التى تطبق على العقود المدنية . وكان فى ذلك يستهدى فى قضائه باتجاهات مجلس الدولة الفرنسى واعتبارات العدالة.

على أنه لما كانت الإدارة لا تبرم فى كل الأحوال عقوداً إدارية وإنما قد تختار أن تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص حين تجده ملائماً للمصلحة العامة أكثر من غيره وتبرم حينذاك عقوداً مدنية تخضع للقانون المدنى . ظلت الحاجة دائماً إلى تحديد المعيار المميز للعقد الإدارى وهو ما سوف نبينه فى المطلب الثانى .



الفصل الثانى

بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية والبحث عن معيار يميز بينهما

تبرم الإدارة نوعين من العقود ، عقود مدنية وعقود إدارية ، وهذه وتلك ليست سواء فكلاهما يخضع لنظام قانونى وقضائى مختلف فالعقود المدنية التى تبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادى ويطبق عليها أحكام القانون المدنى . أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الإدارى ويطبق عليها أحكام القانون الإدارى .

وترتيباً على ذلك يلزم ضرورة وجود معيار يحدد متى يكون العقد إدارياً ومتى يكون مدنياً . ولم يكن الاتفاق على هذا المعيار بالأمر السهل فلقد قطع الفقه والقضاء مراحل حتى إستقر على هذا المعيار وهو ما سوف نرصده بمزيد من التفصيل على الوجه التالى :

المبحث الأول

تطور المعيار المميز للعقد الإدارى

يترتب على التمييز فى نطاق العقود التى تبرمها الإدارة بين العقود الإدارية والعقود المدنية نتائج هامة تتعلق بالنظام القانونى الذى يخضع له العقد . فضلا عن تحديد الجهة التى تختص بالنظر فى المنازعات التى تنشأ عنه .

فثبوت الصفة الإدارية للعقد الذى تبرمه الإدارة يؤدى إلى اختصاص القضاء الإدارى بالنظر فى منازعاته ، ويطبق عليها قواعد

القانون الإدارى ، وذلك على خلاف عقود الإدارة المدنية التى لا تختلف عن عقــود الأفــراد العاديين من حيث خضوعها للقضاء العادى وانطباق قواعد القانون المدنى عليها .

ولقــد تباينــت آراء الفقه واختلفت معها أحكام القضاء عند تحديد المعــيار المميــز للعقد الإدارى فثمت آراء فضلت الاستناد إلى معيار شكلى وأخــرى انحــازت للمعــيار الموضوعى فى تمييز العقد الإدارى . على أن التطور قد بلغ مداه باستقرار الفقه والقضاء الإدارى سواء فى مصر أو فى فرنســا على معيار محدد لتمييز العقود الإدارية يجمع بين عناصر متعددة . علــى أنــه قــبل بــيان عناصر هذا المعيار تجدر الاشارة إلى فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون . والتى نشأت فى فرنسا .

العقود الإدارية بتحديد القانون ومعيار تمييز العقود الإدارية :

ترتــب على الأخذ بمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العاديــة لــتحديد اختصــاص القضاء الإدارى فى فرنسا أن اعتبرت العقود الإداريــة مــن اختصاص القضاء العادى . ونظراً لشذوذ هذه النتيجة تدخل المشــرع الفرنسى للنص على اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات الــتى تــتعلق بعقود معينة . مثل عقد الأشغال وعقد الالتزام وعقد القرض العــام . وهــى ما عرفت فى نطاق تحديد اختصاص القضاء الإدارى بفكرة العقود الإدارية بتحديد القانون .

ومــع العدول عن هذا المعيار أصبح اتجاه المشرع فى ذلك غير ذى جــدوى ذلــك أنــه بداءة كان يتناقض مع عمل المشرع . فالأصل أن هذا التحديد ليس من عمل المشرع .

ولا تخفــى عــيوب فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون فى تحديد

اختصـــاص القضـــاء الإدارى ، الـــذى يجـــب أن يرتبط بمدى توافر الصفة الإدارية لهذه العقود . والأمر لا يخرج عن فروض ثلاثة :

الفـرض الأول : أن تكــون العقود التى حددها المشرع عقوداً إدارية بطبيعــتها مـــثل عقد الأشغال العامة وعقد الالتزام وفى هذه الحالة فإن هذه العقــود وفقاً لطبيعتها وخصائصها الذاتية فى كل الأحوال عقوداً إدارية مما يخــتص بالمــنازعات الــتى تــدور حولها القضاء الإدارى . ويكون تحديد المشرع والحال كذلك تحصيل حاصل وذكر لمفهوم .

الفرض الثانى : وذلــك حيث تكون هذه العقود غير إدارية بطبيعتها وإنمــا يمكــن لهـــا أن تكون كذلك فى بعض الأحيان حين تنبئ خصائصها الذاتــية ذلــك ، أو تكون عقوداً مدنية فى أحوال أخرى . ومثال ذلك عقود الــتوريد . وفى هذه الحالة يكون تحديد المشرع لهذا العقد واعتباره إدارى فى كل الأحوال غير قائم على أساس سليم .

الفرض الثالث : أن يكون هذا العقد فى كل أحواله عقداً مدنيا ، حتى ولــو كانــت الإدارة طرفاً فيه مثل عقود بيع أملاك الدولة الخاصة . ويكون اختصاص القضاء الإدارى به على خلاف حقيقة العقد وطبيعته .

وعلـــى النقيض مما جرى فى فرنسا ، فإن القوانين المتعاقبة التى حـــددت اختصاص القضاء الإدارى فى مصر لم تأخذ بفكرة «العقود الإدارية بـــتحديد القانون» . وهى منذ القانون ٩ لسنة ١٩٤٩ تربط بين اختصاص هـــذا القضاء وتوافر الصفة الإدارية لهذه العقود . فقد نصت المادة ٥ من هـــذا القضاء على أن «تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية .. » .

ومـــن الملاحـــظ هـــنا أن عقود الالتزام والأشغال العامة هى إدارية

بطبيعتها ومن ثم فإن الحاق الصفة الإدارية بها يعتبر تزيداً لا يجوز . والأمر يختلف عند ذكر عقود التوريد إذ أنها قد تكون إدارية وقد تكون مدنية ، ومن ثم فإن اختصاص القضاء الإدارى لا يثبت إلا لعقد التوريد الإدارى .

وهو الاتجاه الذى حرص أن يتبعه المشرع فى سائر القوانين التالية والتى حددت اختصاص القضاء الإدارى فى مصر . بداية من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ حتى القانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٢ . والذى نص فى المادة العاشرة منه فى الفقرة ١١ على أن « يفصل مجلس الدولة بجهة قضاء إدارى ......» ١١ - فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر» .

وعلى ذلك تأتى أهمية الاستقرار على معيار معين للتمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية .

المبحث الثانى

عناصر المعيار المميز للعقد الإدارى

يكاد الفقه والقضاء الإدارى يجمع على إصباغ الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرفا فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص[١] .

---

(١) فى ذلك راجع : ثروت بدوى : المعيار المميز للعقد الإدارى - مجلة إدارة قضايا الحكومة يناير - مارس ١٩٥٩ ص١٢٩ ، جمال اللبان : المعيار المميز للعقد الإدارى - مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثامنة العدد الثالث يوليو - سبتمبر ١٩٦٤ ص٦٠ ، عمر حلمى : معيار تمييز العقد الإدارى - دار النهضة العربية ١٩٩٣ ، جورجى شفيق سارى : تطور طريقة تمييز وتحديد العقد الإدارى - ١٩٩٦ .

وهــو الأمــر الذي استقرت عليه أحكام القضاء الإدارى منذ بواكير أحكامهــا . ففى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلى أن «قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد الإدارى هو العقد الذى يــبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامــه ، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص»[1] .

وفــى حكمها بتاريخ ١٩٥٦/١٢/١٣ ذهبت إلى أن «... العقد الذى يــبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناســبة تسييره وأن يظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامــه وذلــك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص إلا أنه لما كان من المقرر جواز إبرام عقود بين هيئة إدارية وأفراد أو بيــن هيئتيــن إداريتيــن دون أن يعتبر العقد إدارياً لأن إبرام العقد بين شخص معنوى عام وبين أحد الأفراد أو شخص معنوى عام آخر لا يستلزم بذاتــه أن يكــون العقــد إدارياً كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضــرورية لكــى يعتــبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه هذه الصــفة اعتــباراً بــأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ فى إبــرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها فى العدول عن ذلك إلــى أسلوب القانون الخاص فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصــة ومــن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ م ١١ ص ٤٩٣ .

الأفــراد وعقود القانون الخاص التى تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بــل موضـــوع العقــد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونـــة والمســاهمة فـــى ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد مشتركاً فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة فى العقد»[1] .

وهـــو الاتجاه الذى أكدته المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها وحتى الآن[2] ففـــى حكم لها بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ «أن العقد يعتبر إداريا إذا كان

---

(١) حكـــم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٢/١٣/ ١٩٥٦ المجموعة ١٠-١ - ص١٨٥٥ ; وأيضاً حكمها فى الدعوى رقم ١٣ لسنة ٤ ق جلســة ١٩٥١/١٢/١٦ والدعـــوى رقم ١٩٣ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٣ وحكمها فى الدعوى رقم ١٨٩٤ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٥٧/٣/١٠ . وفى الدعوى رقـــم ١٠٥ لسنة ١١ق جلسة ١٩٦١/٦/٤ وفى الدعوى رقم ٣١٠٩ لسنة ٣٨ق جلســة ١٩٨٦/٦/٢ وفى الدعوى رقم ١٤٦ لسنة ٦ق جلسة ١٩٥٦/٣/١١ .

(٢) راجـــع أحكامهـــا فى الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ق . جلسة ١٩٦٢/٣/٣١ ; س٧ ص٥٢٧ ، وفى الطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ س٧ ص٥٣٥، وفى الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥ . وفى الطعن رقم ١٥٥٨ لســـنة ٧ق جلســـة ١٩٦٤/٣/٧ س٩ ص٧٦٣ والطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٨ س١٣ ص٩٥٣ . والطعن رقم ١٠٣ لسنة ٣ق جلسة ١٩٦١/٥/١٣ س٦ ص١٠٤٠ ; الطعـــن رقـــم ٢٤٨٧ لسنة ٦ق جلسة ١٩٦٢/٥/١٩ س٧ ص٨٩٠ . وفـــى الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢ س١٠ ص٣١٣ . والطعـــن رقم ٨٩٧ لسنة ٩ق جلسة ١٩٦٣/٧/٢٠ س٨ ص١٥٢٣ ; الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ س٩ ص٣٢٤ ، والطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٦ والطعن رقم ١٣٦١ لسنة ١٠ق جلسة (-)

أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمنا شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري بحسب ولايته المحددة. وغني عن البيان أن الشروط المتقدمة تسري بالنسبة للعقود الإدارية المسماة في القانون لاعتبارها كذلك فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس في نصوصه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإداري»[1] .

وقد رددت المحكمة الإدارية العليا ذات العناصر في تحديدها لمعيار تمييز العقد الإداري في أحكام كثيرة إذ ذهبت في حكمها بتاريخ ٢٤/١/ ١٩٩٥ إلى أنه «.. ومن حيث أن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام . وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص»[2] .

(=) ١٩٦٨/٢/٢٤ س١٥ ص١٨١ . الطعن رقم ١٤٠١ لسنة ١٢ق جلسة ٢/٢٦/ ١٩٧٢ س١٥ ص١٨٥ ، والطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ق . جلسة ٢/٢٠/ ١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢٢٨٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٣ .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ في الدعوى رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ق . مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية في العقود الإدارية في أربعين عاماً – ١٩٩٧ ، ص٩٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٤ في الطعن رقم ٢١٢٨ لسنة ٣٥ ق – مجموعة المبادئ في العقود الإدارية – إصدار مجلس الدولة – المكتب الفني بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة – ص٩٨ .

وهــذا الاتجــاه فــي تمييز العقد الإدارى أكدته المحكمة الدستورية العلــيا فــي أحكامها ؛ ففي حكمها بتاريخ ١٩٨٠/١/١٩ ذهبت إلى أن[١]:
«يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاماً يتعاقد بوصــفه ســلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظــيمه ، وأن يتســم بالطــابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص ...» .

ومن ذلك أيضا حكمها في الطعن رقم ٧ لسنة ١٦ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٦ والــذى جاء به «... العقود الإدارية هي التى يكون أحد أطرافها شخصا من أشــخاص القــانون العام يتعاقد بوصفه سلطة عامة فى شأن يتصل بتسيير مــرفق عــام منــتهجا فــي ذلــك وسائل القانون العام التى تعتبر الشروط الاستثنائية التى تضمنتها هذه العقود كاشفة عنها ومبلورة لها .

وإذا كــان الثابــت مــن الأوراق أن العقد محل النزاع قد أبرم بين المدعي بصفته مديراً للشركة الفنية المحدودة للمقاولات وهى منشأة خاصة وبيــن شــركة النهضــة الزراعية وهى إحدى شركات القطاع العام التابعة لــوزارة الزراعة واستصلاح الأراضي وكان من المقرر أن شركات القطاع العــام لا تعتــبر مــن أشخاص القانون العام بل تظل رغم ملكية الدولة لها شخصــاً من أشخاص القانون الخاص وتحتفظ الشركة المنقضية خلال مدة التصــفية بشخصيتها الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التصفية فإن مقتضى ذلــك اعتــبار العقــد المشار إليه من العقود المدنية التي يحكمها القانون

---

(١) حكمهــا بــتاريخ ١٩٨٠/١/١٩ – مجموعــة أحكــام المحكمة – الجزء الأول – ص ٢٤٤ .

الخـــاص وبالـــتالى فإن النزاع فى شأن الحقوق والالتزامات المترتبة عليه تدخل فى اختصاص القضاء العادى .

وســـوف نتـــناول بمزيد من التفصيل كل عنصر من عناصر المعيار المميز للعقد الإدارى على الوجه التالى .

المطلب الأول

ضرورة أن تكون الإدارة طرفا فى العقد

وضـــرورة أن تكـــون الإدارة طـــرفا فى العقد أمر يبرره أن قواعد القـــانون الإدارى إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة ، ومن ثم فإن العقد الذى يـــبرمه الإفـــراد أو الهيـــئات الخاصة لا يعد عقداً إدارياً . وفى ذلك تذهب المحكمـــة الإداريـــة العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٤/١/١٨ إلى أن العنصر الأول فى تمييز العقود الإدارية وهو كون الإدارة طرفا فيها أمر طبيعى لأن العقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة وبالتالى فإن العقد الذى لا يكون أحـــد أطـــرافه شـــخص مـــن أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً .. »[١].

وعلـــى الـــرغم من وضوح هذا الشرط فإن الأمر يستدعى توضيح بعض المسائل التى تتعلق به كما يلى :

١ – أن مفهوم الإدارة التى يستلزم أن تكون طرفا فى العقد الإدارى يشـــمل الأشخاص المعنوية العامة وهى إما أشخاص إقليمية أى تحدد على

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ق عليا جلسة ١٩٩٤/١/١٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء ٤٩ ص٤٦ .

أساس إقليمي كالدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء[1] أو أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة أو أشخاص عامة مهنية كالنقابات والتي أعترف لها القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر بالشخصية المعنوية .

ويجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بهذه الصفة ، فإن تعاقدت باعتبارها ممثلا لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنيا وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ . حيث قررت «أن كلا العقدين بين كل من وزارة الأوقاف والطاعن وقد تضمنا مادة برقم ٥٦ عنوانها صفة الوزارة يعترف فيها المقاول بأن وزارة الأوقاف إنما تتعاقد معه بصفتها ناظرة على الوقف التابع له العملية موضوع التعاقد . كما وقع المقاول على إقرار في نهاية كل عقد يتعهد فيه لوزارة الأوقاف بصفتها ناظرة على الوقف التابع له العملية بالتنفيذ على مقتضى شروط العقد ، وكل ذلك ينبئ بوضوح أن وزارة الأوقاف لم تتعاقد مع الطاعن بصفتها سلطة عامة ، وإنما باعتبارها ناظرة على وقف .

ومن المقرر قانونا للأوقاف – بموجب المادة ٥٢ من القانون المدني – شخصية اعتبارية ، لا يختلط الناظر عليها أو المستحقين فيها ، وعلى ذلك فإن حقيقة التعاقد واقعة الحال أنه تم بين الوقف – كشخص

---

(١) تنص المادة ٦١ من الدستور المصري على أن « تقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية هي المحافظات والمدن والقرى ، ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية إذا اقتضت المصلحة ذلك » . لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا في القانون الإداري – دار النهضة العربية .

إعتبارى من أشخاص القانون الخاص وبين الطاعن وبالتالى يتخلف فى شأنه - حتى يعتبر عقداً إدارياً شرط أن يكون أحد طرفى التعاقد من أشخاص القانون العام وينحسر الاختصاص بشأنه عن القضاء الإدارى . وينعقد الاختصاص لجهة القضاء المدنى المختصة »[١].

٢ - أن تحول الجهة الإدارية من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يؤدى إلى فقدان العقد لأحد العناصر التى تسبغ عليه الصفة الإدارية ويتحول إلى عقد مدنى يخضع لقواعد القانون المدنى ويختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به القضاء العادى . وإلى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا «.. من حيث أنه وإن كان العقد محل النزاع الماثل قد نشأ فى الأصل إدارياً وتوافرت له مقومات العقود الإدارية باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصا من أشخاص القانون العام وهى مصلحة المناجم والمحاجر ، وأن العقد لذلك تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت إقامة الدعوى هى شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهى من أشخاص القانون الخاص بلا خلاف فإن العقد وقت رفع الدعوى يكون قد غدا مفتقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية»[٢].

ومرة أخرى تؤكد المحكمة « .. وبناء على ذلك إذا فقد العقد شرطا من الشروط التى يتحقق بتوافرها مناط العقد الإدارى ، صار العقد من عقود القانون الخاص ، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوى عام أو لا

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ٢١٨٤ بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة فى أربعين عاماً - المرجع السابق - ص٩٥ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ق عليا - سابق الإشارة إليه.

يكـــون العقـــد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيماً أو تسييراً أو أتى العقـد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ..»[1].

٣- أنه لا يكفى أن تكون الإدارة طرفا فى العقد حتى يكون إدارياً . وبمعـــنى آخر فإن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا أبرمته الإدارة بوصفها سلطة عامة . أما إذا أبرمت الإدارة عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية تخضع لسلطات القانون المدنى . ويختص القضاء العادى بنظر المنازعات التى تتفرع عنها .

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها ومن ذلك حكمها بتاريخ ١٩٩٥/١/٨ «... فالعقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيــث العناصـــر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقـــبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل فى إبرامها لـــه بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معهـــا وذلـــك بقصـــد تحقـــيق نفـــع عـــام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة ..»[2].

ومـــن أحكامها السابقة فى ذلك أنها قضت أن تعاقد وزارة الأوقاف مـــع مقـــاول مبانى لا يسبغ على العقد الطابع الإدارى طالما أنها لم تتعاقد

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٣٤ق عليا جلسة ١٩٩٧/١/٢ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء ٤٩ – ص٥٤ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ق عليا – جلسة ١٩٩٥/١/٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – جـ٤٩ ص٦٠ .

كسلطة عامة وإنما بوصفها ناظرة على وقف . أى كشخص اعتبارى من أشخاص القانون الخاص ..»[١] .

٤- يكون العقد إدارياً إذا ابرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص معنوى عام . ففى مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكيلا عن الإدارة يتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها فى إبرام العقد . وقد تكون هذه الوكالة ظاهرة جلية تنص عليها نصوص العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه[٢]وفى إطار ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي باعتبار العقد الذى أبرمته إحدى الجمعيات التعاونية للبناء مع أحد المقاولين لبناء كنيسة إداريا لأنه تم لحساب إحدى البلديات[٣]. والأمر نفسه بالنسبة للعقد الذى أبرمته هيئة خاصة لتنشيط السياحة مع أحد مكاتب السياحة لإدارة أحد الشواطئ العامة[٤].

وعلى ذلك أيضا استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت «من البديهى أن العقد الذى لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية . ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان فى الحقيقة لحساب

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٧/٢/٢١ مجموعة المبادئ - سنة ٣٢ - ص٨٥٣ .

(٢) فى ذلك راجع : مصطفى عبد المقصود سليم : الوكالة فى إبرام العقد - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية - ص٣٨ .

(٣) C.E 2 juin 1961 , leduc Rec. p. 365 .

(٤) C.E 18 Decembre 1936 prade, Rec. 1124 .

الإدارة ومصلحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإدارى إذا ما توافرت فـيه العناصر الأخرى التى يقوم عليها معيار تمييز العقد الإدارى ، ومن ثم فإنه متى كان الثابت مما تقدم أن شركة شل فى العقدين موضوع النزاع قد تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة وكان لا نزاع فى أن العقدين المذكورين قـد أبـرما بقصد تسيير مرفق عام وفى أنهما أتبعت فيهما وسائل القانون العـام ، مـتى كـان الأمر كذلك ، فإن العقدين المشار إليهما على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية[1].

ومـن ذلك أيضا حكمها فى ١٩٨٠/٦/٢١[2]حيث أن الكازينو محل المـنازعة مقـام فى منطقة الشاطئ المعتبرة من المنافع العامة والمقصور حـق اسـتغلالها على الشركة الطاعنة ، ومن ثم يكون التصريح للمطعون ضـده بالانتفاع بالكازينو المذكور قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة تـتوافر فـى هذا التصريح مقومات العقد الإدارى باعتباره صادراً من جهة نائـبة عـن الدولة ولكونه متصلا بنشاط مرفق الشاطئ ، ولأنه قد تضمن شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص .

المطلب الثانى

أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام

العنصر الثانى المميز للعقد الإدارى هو اتصاله بنشاط مرفق عام . ويعرف المرفق العام من ناحيتين . فهو من الناحية الشكلية يعنى الهيئة أو

---

(١) المحكمـة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ق - جلسة ١٩٦٤/٣/٧ - الموسوعة الإدارية الحديثة - جـ١٨ - ص٦٨٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم لسنة جلسة ١٩٨٠/٦/٢١ .

المـــنظمة التى تمارس النشاط . وهو من الناحية الموضوعية يعنى الخدمة أو النشاط الذى يشبع حاجة جماعية .

وفكـــرة المـــرفق العام هى التى بررت وجود قواعد قانونية متميزة تطـبق فـــى المجـــال الإدارى .. ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هى وحدهـــا التى تبرر ما تضمنه القانون الإدارى من خروج على المألوف فى القانون الخاص وعلى منطق القواعد التى تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم»[1].

وترتيبا على ذلك لا يكفى أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد لكى يسبغ علـــيه الصـــفة الإدارية ، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام كأن يتصـــل الأمـــر بإنشـــاء مرفق عام كعقد الأشغال العامة أو يتصل بتنظيمه وإدارتـــه كعقـــود الالتزام وقد يتصل العقد بتسيير المرفق وضمان انتظامه كعقود التوريد .

وصـــلة العقد بنشاط المرفق العام وإن كانت ضرورية لتوافر الصفة الإداريـــة لـــــه إلا أنهـــا غير كافية . وهو الأمر الذى استقر عليه القضاء الإدارى فى مصر منذ بواكير أحكامه .

ففى حكمها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٦ ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلـــى «.. وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتـــياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد الإدارى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن صلة العقد بالمرفق العام وإن كانت شرطاً لازماً فإنها ليست كافية »[2].

---

(١) سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق – ص٧٤ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى فى القضية ٧٨٠ لسنة ٥ق بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩ .

وهـو الأمـر الـذى أكدته المحكمة الإدارية العليا فى قضائها دون إنقطـاع ، ومن ذلك ما ذهبت إليه حكم لها فى ١٩٩٥/١/١٨ « ومن حيث أن العقـد الإدارى علـى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العقد الذى تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة ، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام »[١].

المطلب الثالث

أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية

أولاً : مفهوم الشروط الاستثنائية :

يعد احتواء العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود الأفراد فى نطاق القانون الخاص هو العنصر الحاسم فى تمييز العقد الإدارى عن العقد المدنـى وظـل هذا العنصر هو الشرط الفاصل فى تمييز العقد الإدارى فى مصـر مـنذ اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية ولم يتأثر هذا القضاء بالتطورات التى أصابت قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هـذا الخصـوص والتى أصبح يكتفى فى تحديد معيار تمييز العقد الإدارى بمجـرد اتصـاله بنشـاط المرفق العام . وهو الأمر الذى أدى إلى توسيع وتطوير فكرة العقد الإدارى فى فرنسا[٢] .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق عليا جلسة ١٩٩٥/١/٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء ٤٩ ص٥٨ .

(٢) فى تفصيل ذلك راجع جورج شفيق سارى تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإدارى فى القانون المصرى والفرنسى – دار النهضة العربية ص١٠٠ .

وعلـــى عكس اتجاه القضاء الإدارى المصرى الذى ظل لم يفرط أبداً فـــى أهمـــية الشـــروط الاســـتثنائية باعتبارها أساس وجوهر تمييز العقد الإدارى، وهـــو مـــا قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ٧/٣/ ١٩٦٤ سابق الإشارة إليه « .. وأنه من المسلم به في فقه القانون الإدارى أن اختـــيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل فى تمييز العقـــود الإدارية ، ذلك أن اتصال العقد الذى تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطا لازماً لكى يصبح العقد إدارياً فإنه لا يكفى بذاته لكى يضفى على العقد تلك الصفة وبهذه المثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية .

وعلى ذلك لا يكفى أن تكون الإدارة طرفا فى العقد لكى يكون إداريا حـــتى ولـــو تعلق الأمر بنشاط مرفق عام بل يجب أن يحتوى العقد شروطاً اســـتثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص . ولا نغالى فى القول إن أكدنا أهمية هذا العنصر باعتباره العنصر الحاسم فى تبيان طبيعة العقد[1].

وهـــو الأمـــر الـــذى أكدته أحكام القضاء الإدارى وما برحت تسير علـــيه. ففـــى حكمهـــا بـــتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ قضت محكمة القضاء الإدارى بأنـــه «.. كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكى يعتـــبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتباراً بأن القـــانون العـــام ليســـت ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، إذ أنه مع اتصـــال العقـــد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ فى إبرامه إلى أسلوب

---

(١) يذهـــب جانـــب من الفقه إلى كفاية احتواء العقد للشروط الاستثنائية غير المألوفة لإصـــباغ الصفة الإدارية عليه . وهو اتجاه يخالف ما استقر عليه القضاء الإدارى ســـواء فـــى مصـــر أو فى فرنسا فى تفصيل هذا الرأى : راجع : ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٨٠ وما بعدها .

القانون العام لما تراه من مصلحتها فى العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخـــاص ، فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصة . ومن ثم فــإن المعـــيار الممـــيز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القـــانون الخاص التى تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد ، بل موضوع العقـــد نفســـه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور .. مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى العقد ...»[1].

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها إذ قررت «.. ومـــن حيث أن البين من ظاهر الأوراق أن العقود الحالية التى أبرمتها وزارة السياحة مع الطاعنين على تأجير محلات بمنطقة الأقصر قد تضمنت فـــى البـــند الســـادس عشـــر التزام المستأجرين باتباع التعليمات المنظمة لمواعيد فتح وغلق المحال العامة وكذلك القوانين واللوائح المعمول بها فى هـــذه المنطقة والتى تحددها الجهات المختصة والمتعلقة أعمالها بالإشراف علـــى مـــثل هـــذه المحلات ، كما تضمن البند السابع عشر على أنه يجوز لـــوزارة السياحة فسخ العقد دون اعتراض من المستأجرين مع حفظ حقها فى التعويض وذلك للأسباب التى ترى فيها الوزارة ذلك ويتم الفسخ بموجب كـــتاب موصى عليه دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراء قانونى آخر ومثل هذه الشروط إنما هى شروط غير مألوفة فى القانون الخاص ومن ثم كون العقد المذكور قد تكاملت فيه العناصر الثلاثة .. باعتباره عقدا إداريا»[2].

وفـــى حكـــم آخـــر ذهبت إلى أن « .. وقد تضمن هذا العقد بعض

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ ، سابق الإشارة إليه .

(٢) المحكمـــة الإدارية العليا : الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ق عليا جلسة ١٩٩٥/١/٨ الموسوعة – الجزء ٤٩ ص٥٩ .

مظاهـــر السلطة العامة حيث تضمن البند خامساً على حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار كما تضـــمن البـــند الحادى عشر على تعهد المطعون ضده بتسليم الفرن وكافة محـــتوياته بالحالـــة الـــتى تسلمها وبما يكون قد أدخل عليه من تحسينات ومـــرافق وافـــق علـــيها الطرف الأول عقب انتهاء مدة الإيجار أو استرداد الفـــرن – لأى سبب من الأسباب – ومن ثم فإن التكييف القانونى لهذا العقد أنه عقد إدارى باستغلال الفرن المملوك لإحدى الجهات الإدارية .. »[١].

وعلـــى ذلك فإن تخلف هذا الشرط يعنى أن الصفة الإدارية تنسحب عن هذا العقد وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها ١١/٢/١٩٨٤» . أن العقد الذى قدمته جهة الإدارة ، أيا كان الرأى فى مدى صحة هـــذا العقد ، لا ينطوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص ويمكن أن تضفى عليه بالتالى صفة العقد الإدارى ، فالنص على أن يكـــون تحصـــيل الإيجـــار بطريق الخصم من المرتب لابد أن يكون تسهيلاً لاســـتئداء الإيجـــار مـــن الطاعن باعتباره من العاملين فى محافظة البحر الأحمـــر ، كمـــا أن النص على إخلاء المساكن عند نقل الطاعن إلى خارج المحافظة أو داخلها لا يعدو أن يكون ترديدا للحكم الوارد فى المادة ٧ فقرة ٢ من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع المساكن وتنظيم العلاقـــة بيـــن المؤجر والمستأجر هذا إلى أن النص على حق المؤجر فى فسخ العقد عند إخلاله بأى شرط من شروط العقد هو حكم مألوف فى عقود الإيجـــار المدنـــية يجرى إعماله ما لم ينص القانون على أحكام آمرة على

---

(١) المحكمـــة الإداريـــة العليا : الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٤١ق عليا – جلسة ٢٥/٢/١٩٩٧ – الموسوعة – الجزء ٤٩، ص٦٣ .

خــلاف مــا هو منصوص عليه في العقد . ومن كل ما تقدم فإن عقد إيجار العيــن موضوع المنازعة وقد خلت نصوصه من أية أحكام استثنائية يمكن القــول معها بتوافر صفة العقد الإدارى فيه . على التفصيل السابق بيانه ، لابــد وأن يكــون عقداً مدنيا ومن ثم ينأى عن الاختصاص الولائى لمحاكم مجلس الدولة .

ووجــود الشـــروط غــير المألوفة في العقد الإدارى إنما يهدف إلى ضـــمان حســن ســير المرافق العامة . كما أنها لا تعني تعسف الإدارة في اســتعمال هذه الشروط وإنما هي تستخدمها بالقدر الذى يحقق هذا الغرض وهــو ما قضت به المحكمة الإدارية في حكمها بتاريخ ١٩٦١/٥/١٣ » .. ومــن المســلم به أن العقد الإدارى يتميز ضمن ما يتميز به احتوائه على شــروط غــير مألوفــة في العقود المدنية الغرض منها ضمان حسن سير المــرافق العامــة ، ومــن ثم فإن البند الذى يخول الإدارة الحق في توقيع العقوبــات على المخالف – جائز قانونا – والقول بأنه يطلق يد الإدارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن اســتعمال الإدارة حقهــا المخــول لهــا في هذا البند من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإدارى للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف[١].

بــ: إن المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادىء – في حكم هــام لهــا ذهبت إلى أن العقد إذا تضمن شروطاً غير مألوفة فإنه يعد عقداً إداريــاً حتى ولو تعلق الأمر بمشروع خاص – للجهة الإدارية إذ ذهبت في هــذا الحكم بتاريخ ١٩٩٧/١/٢ إلى أنه «ومن حيث أنه في ضوء ما تقدم

---

(١) المحكمـــة الإداريـــة العلــيا : في الطعن رقم ٦٢ بتاريخ ١٩٦١/٥/١٣ – المرجع السابق ص١٠١ .

وإذ كـان الثابـت من الأوراق في الطعن الماثل أنه بتاريخ ١٩٨٢/٥/١٧ أصـدر محـافظ البحر الأحمر قراره رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٢ باعتبار مشروع مركز الغردقة السياحي الجديد مشروعاً خاصاً من مشروعات المحافظة ... ومـن حيث أنه باستعراض بنود العقود التي أبرمتها محافظة البحر الأحمر في هذا الشأن تبين أن المحافظة وهي شخص معنوي عام تعاقدت مع الغير بشأن إنشاء قرى سياحية علاجية على الأراضي الفضاء المملوكة لها ملكية خاصـة والتي يضمها المركز السياحي الجديد وصولاً إلى الهدف الذي قام العقـد لتحقـيقه وهـو انـتعاش السياحة العلاجية والمساهمة في إصلاح الاقتصـاد القومـي للبلاد كما أن هذه العقود احتوت على شروط استثنائية غـير مألوفة في القانون الخاص يتمثل أولهما : فيما قضى به من اشتراط أن تكون المشاريع المراد إقامتها في المركز السياحي الجديد مشاريع للقرى السـياحية العلاجية ومثل هذا الشرط غير مألوف في عقود القانون الخاص الـتي تعطـي للمشـتري الحق في التصرف في الأرض محل التعاقد بجميع أنـواع التصرفات الجائزة قانوناً ... أما الشرط الاستثنائي الثاني فقد نص صـراحة علـى الـتزام المتعاقد بإقامة مشروع القرية السياحية العلاجية خـلال مـدة محـددة هي ثلاث سنوات الأمر الذي يكشف عن نية جهة الإدارة في الأخـذ بأسـلوب القانون العام . بل أن هذه الشروط الاستثنائية لاستغلال شواطىء البحر الأحمر والشريط الساحلي لمركز الغردقة السياحي الجديد ...» [1] .

---

(١) حكـم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادىء بجلسة ١٩٩٧/١/٢ – في الطعـن رقـم ١٥٤ لسـنة ٣٤ ق – محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – المرجع السابق – الكتاب الأول – ص ٤٠ وما بعدها .

ثانياً : أهم صور الشروط الاستثنائية :

لم يعن القضاء الإداري في فرنسا أو مصر بحصر أو تحديد صور الشروط الاستثنائية ، وإنما كان يكتفي بتقرير احتواء العقد لها وهي في الأساس تكون شروطاً غير متعارف عليها في العقود التي تخضع للقانون الخاص .

إذ أن هذه العقود الأخيرة يبرمها الأفراد وهم على قدم المساواة ونظراً لأن هذه الشروط لا تخضع لحصر فإن القاضي ينظر في العقد ويتفحص شروطه ثم يقرر بعد ذلك إن كان العقد يتضمن شروطاً غير مألوفة أم لا .. في ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٥/١١/١٩٩٢ أنه « .. ومن حيث أنه يبين من الإطلاع على العقد السالف بيانه أن جهة الإدارة خصت مورث المطعون ضده بجزء من الأموال العامة لانتفاعه الخاص مقابل مبلغ معين بشروط معينة تخرج عن نطاق القواعد المقررة في القانون الخاص خاصة ما تعلق منها بالأسعار التي تحددها جهة الإدارة أو في تحديد نوع الأدوات المستعملة والملابس التي يستعملها عماله أو ما يقدمه من خدمات أو في طبيعة المنشآت التي يقيمها أو في فسخ العقد بغير اتخاذ أي إجراء في حالة مخالفة المتعاقد مع الإدارة لأي من أحكامه وبذلك فإن هذا العقد عقد إداري ، على أنه نظراً لأهمية هذه الشروط في تمييز العقد الإداري فقد عمد كثير من الفقه إلى محاولة تحديد صور هذه الشروط وردوها إلى قسمين(١) :

الأول : شروط لها طابع السلطة العامة : أي تشتمل على عنصر من عناصرها أو امتياز من امتيازاتها وبطبيعة الحال ليست كل هذه الشروط في

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٧٨ بتاريخ ١١/٢/١٩٨٤ مجموعة المبادئ في أربعين عاما – المرجع السابق – ص٩٨

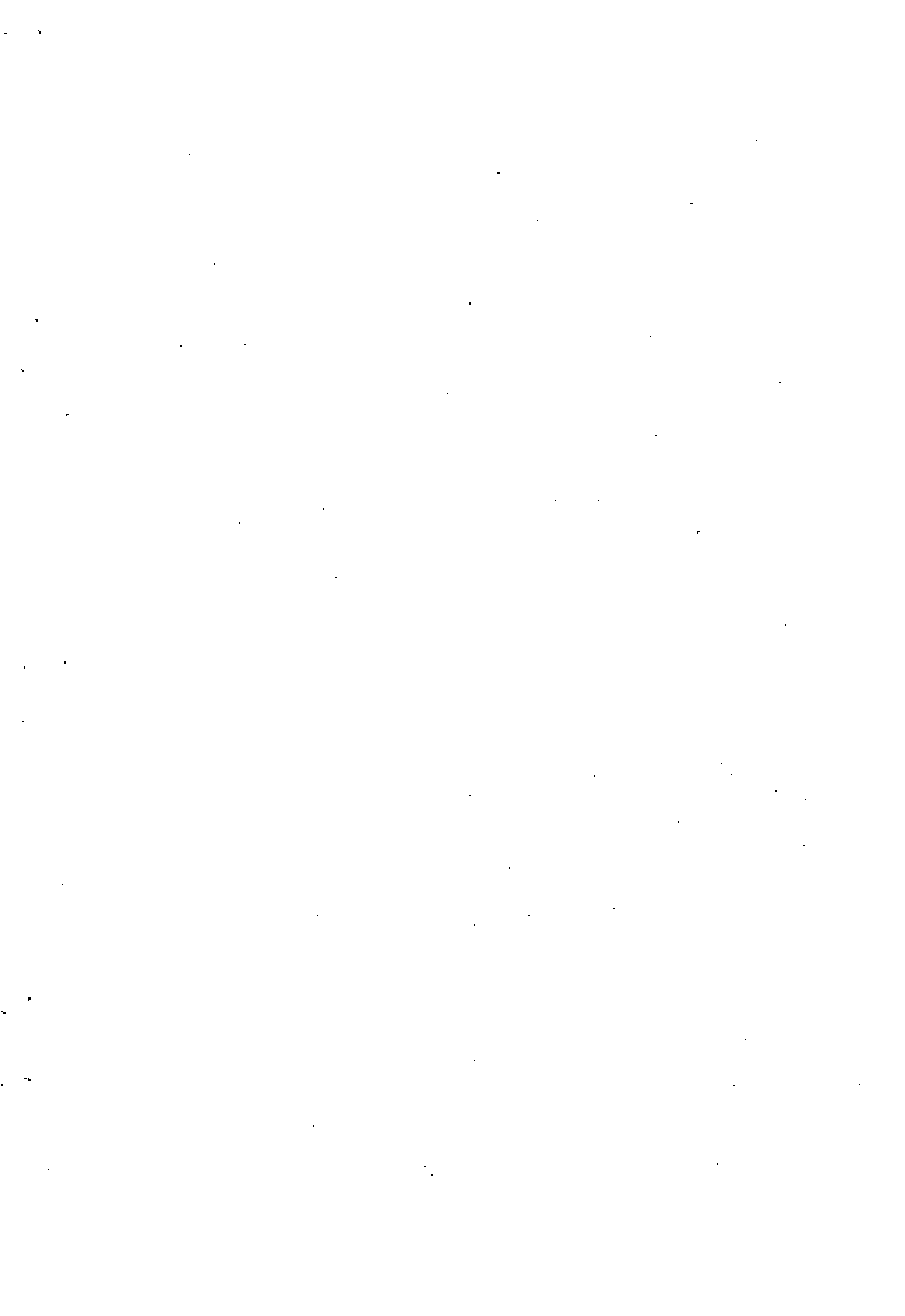
صـالح جهـة الإدارة فمنها ما يقرر للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معهـا مـثل التنفـيذ المباشر ومنها ما يرتب التزامات على عاتق الإدارة لمصلحة المتعاقد معها مثل تخويل الملتزم سلطة نزع الملكية لإقامة منشآت المـرافق العامـة أو مـنحه سـلطات بوليسـية تجـاه المنتفعين بخدمات المرفق [١].

أما الثاني : فهـو طائفـة مـن الشـروط ترتـبط بمبادئ القانون العام وغير مألوفـة فـي مجـال القانون الخاص من ذلك النصوص التي تعطي للإدارة الحق في تعديل شروط العقد سواء أكان ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها زيـادة أو نقصانا أم تعديل في الأثمان أو في مدة العقد . فكل هذه الشروط وغيرها غير مألوفة في نطاق تعاقدات الأفراد في ظل القانون الخاص والتي يحكمها بصورة صارمة مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين .

نخلـص من جماع ما سبق ؛ أن معيار تمييز العقد الإداري ينهض علـى عناصـر ثلاثة : أن تكون الإدارة طرفا فيه ، وأن يتصل بمرفق عام سـواء فـي إنشـائه أو تسـييره أو تنظـيمه . وأن يتضمن العقد شروطا اسـتثنائية غير مألوفة في إطار القانون الخاص . وإذا كان بعض الفقه قد أراد أن يجعل من بعض هذه العناصر المعيار الأساسي مستبعداً الآخر ، فإن القضـاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا لم يساير هذه الاتجاهات وما بـرح فـي أحكامه يؤكد على ضرورة اجتماع هذه العناصر الثلاثة مجتمعة حتى يكون العقد إدارياً .

---

(١) في تفصيل ذلك راجع : ثروت بدوي – النظرية العامة – المرجع السابق – سليمان الطماوي : الأسس العامة – المرجع السابق ص٩٢ .



الفصل الثالث

مركز المتعاقدين فى العقد الإدارى بين النظرية التقليدية وضرورات التطور

تـزداد أهمية نظرية العقود الإدارية فى العصر الحديث نظراً لاتجاه الدولـة إلـى الخصخصة ونظام الاقتصاد الحر وذلك من ناحيتين : الأولى تتمـثل فـى أن بعض هذه العقود تمثل أسلوبا لعملية الخصخصة مثل عقد الـتزام المـرافق العامة بصوره المختلفة والمتطورة[1] . والثانية فى زيادة الطلـب علـى العقـود الإداريـة نظرا لأن الدولة سوف تلجأ إليها للوفاء باحتياجات المرافق العامة .

هـذه الأهمـية تـبرر ضرورة مراجعة الاطر التشريعية والقضائية لـنظرية العقـود الإدارية فى مصر حتى تستطيع أن تلاحق هذه التطورات التى تحدث على أرض الواقع . وحتى تظل العقود الإدارية - سواء ما كان مـنها إطار للخصخصة كعقد الالتزام أو أسلوب للوفاء باحتياجات الإدارة - وسيلة فعالة وآمنة ضد الإضرار بالمال العام أو استغلاله .

وإذا كـان مـنطق نظـرية العقود الإدارية يقتضى ضرورة التسليم بمركـز متمـيز لجهـة الإدارة المتعاقدة فى مواجهة المتعاقد معها تحقيقا للمصـلحة العامـة . فإنـه يـبقى ضرورة أن يُعترف للمتعاقد مع الإدارة بحقوق وميزات تقابل هذا المركز المتميز للجهة الإدارية المتعاقدة .

---

(١) فى ذلك راجع : سعاد الشرقاوى - نقلة حضارية بأساليب متنوعة لتحرير الاقتصاد - مقال - جريدة الأهرام - بتاريخ ١٩/٧/١٩٩٤ - صفحة قضايا وآراء.

وإذا كان الإطار التشريعي للعقود الإدارية في مصر بدأ يتطور – كما حدث بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ في جواز التحكيم في العقود الإدارية ، والقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات العامة والتعديلات المتعددة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ بشأن عقد الالتزام استجابة لهذه الدواعي – فإن الاجتهاد القضائي في نظرية العقود الإدارية مازال يتسم بالجمود .

وفي هذا الفصل نرصد مظاهر هذا الجمود وما ترتب عليه من اختلال ظاهر في مركز المتعاقدين في العقد الإداري وذلك في مبحثين متتاليين :

المبحث الأول : جمود الاتجاهات القضائية في نظرية العقود الإدارية.

المبحث الثاني : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في العقد الإداري .

وذلك على الوجه التالي :

المبحث الأول

جمود الاتجاهات القضائية في نظرية العقود الإدارية

من الملاحظ أن أحكام القضاء الإداري المصري في منازعات العقود الإدارية تتميز بالثبات وعدم التطور . وعلى الرغم من تغير الظروف الاقتصادية ، فإن المبادئ التي قررها مجلس الدولة المصري في منازعات العقود الإدارية مازالت ثابتة عند بداياتها الأولى ، وهي في غالبها تتربص بالمتعاقد مع الإدارة وتفترض فيه في أغلب الأحوال سوء النية .

ومن الملاحظ أيضاً أن أحكام محكمة القضاء الإداري التي صدرت

فــى منتصــف القــرن العشرين هى مصدر جل المبادئ التى تحكم العقود الإدارية .

وإذا كانــت مســاوئ هذا الجمود لم تتضح فى الوقت الذى زاد فيه تدخُــل الدولــة فــى المجــال الاقتصادى ، والذى قلت معه الأهمية العملية لــنظرية العقــود الإداريــة وهــو ما عبر عنه البعض بقوله « ... المركز الخــاص الذى تشغله الأجهزة الإدارية التى تتولى مباشرة النشاط التجارى والصــناعى والــزراعى والمالى باسم النظام الاشتراكى ، يثير التساؤل عن مدى الحاجة لتطبيق نظرية العقود الإدارية بمبادئها وأحكامها على الروابط التى تنشأ فى الدولة ممثلة فى الوزارات والمصالح وبين المؤسسات العامة ومــا يتــبعها من شركات أو بين المؤسسات العامة أو بين الشركات العامة الــتى تتبع المؤسسات العامة فى كل ما يتعلق بتنفيذ المشروعات العامة أو توريــد الحاجات العامة للوزارات والمؤسسات والهيئات العامة ، ووحدات الإدارة المحلية » .

ثــم يخلــص هذا الرأى إلى « أن تطبيق نظرية العقود الإدارية فى مجال التعاون بين أجهزة القطاع العام ، لم يعد له فى ظل النظام الاشتراكى نفــس الأهمية التى كانت له من قبل .. بل إنه يمكن القول : إنه لم تعد ثمة حاجة لتطبيق نظرية العقد الإدارى فى هذا المجال »(١) .

فــإن هــذا الجمــود قد أصبح يمثل خطراً كبيراً على نظرية العقود الإداريــة – بصــفة خاصة – وعلى مبادئ القانون الإدارى بصفة عامة . ومــرد ذلــك بطبيعة الحال إلى ما يتميز به القانون الإدارى من أنه قانون

---

(١) محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى ١٩٦٣ – ١٩٦٤ – ص ١٢٣ وما بعدها .

قضـــائي . وهـــو ما يعني أن أحكام القضاء الإداري تمثل رافداً أساسياً من روافد تطوير وصياغة القانون الإداري .

فالقاضـــي الإداري «لا يقـــف دوره عـــند مجـــرد تطبيق النصوص بطـــريقة آلـــية محضة . ولكنه يتمتع بقدر من الحرية في تفسير النصوص التشـــريعية ، وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة أمامه ، وتحليل عناصـــر هذه الحالة تحليلاً واقعيا وقانونيا . كما أن القواعد القانونية تكون عـــادة علـــى قـــدر من العمومية والتجريد يسمح للقاضي بممارسة مهمته بطريقة تقديرية إلى حد كبير»[١] .

وعلى الرغم من أن القضاء لا يعد مصدراً رسمياً للقانون في مصر حيـــث لا يأخذ النظام القانوني المصري بفكرة نظام السوابق القضائية. فإن القضـــاء يكـــون هو المصدر الوحيد للقاعدة القانونية في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم المنازعة المعروضة على القاضي الإداري فهو في هذه الحالة ملزم بأن يبتدع قاعدة قانونية تفصل في النزاع .

وإذا كان العقد الإداري يعد أسلوباً مهماً من أساليب ممارسة الإدارة لنشـــاطها . فـــإن هـــذه الأهمية – ولا شك – سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولـــة نحـــو سياسة الخصخصة وانحسار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام في مجالات ضيقة ومحدودة .

فالانـــتقال من « .. اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدي إلى زيـــادة وأهمـــية العقود التي تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم

---

(١) ثـــروت بدوي : القانون الإداري – ١٩٧٤ – دار النهضة العربية – ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

تجاريــة ، لأن اقتصــاد الســوق قــائم على التخلي عن الأوامر وأساليب القهر ... »[1] .

هــذا الــتحول إلى الاقتصاد الحر أدى إلى زيادة اللجوء إلى نظرية العقــود الإداريــة ، مما نتج عنه استحداث صور جديدة لهذه العقود ومنها عقود البوت . فضلاً عن استحداث آليات جديدة لفض المنازعات التى تثور حــول هــذه العقــود مثل التحكيم أو التوفيق أو الوساطة وهو ما أدى إلى إنحســار اختصــاص القضــاء الإدارى بــنظر مــنازعات كانت تدخل فى اختصاصه، ومنها – إن لم يكن أهمها – منازعات العقود الإدارية .

وقــد كــان لهــذا الجمود الذى أصاب الاجتهاد القضائى بخصوص العقــود الإدارية فى مصر أثره فى نشوء هذه الآليات القانونية أو بالأحرى زيــادة الطلــب علــيها . ولا شــك فى أن هذه الآليات القانونية – لا سيما التحكــيم وعقــود الــبوت – لهــا أهميتها وضرورتها ، ولكن يبقى مدى الاســتفادة مــنها بصــورة جيدة متوقفة على مدى استخدامها فى موضعها الصحيح . ومن الملاحظ إندفاع النظام القانونى المصرى نحو هذه الوسائل بصــورة تــنذر بخطر شديد ، ولعل أهم مظاهر هذا الاندفاع إبرام مثل هذه العقــود مع الإحجام عن إصدار تشريع ينظم هذه العقود ويحد من مخاطرها ويعظم من فوائدها[2] .

---

(١) سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية – ص ٢٩٤.

(٢) الأمر الذى دعا رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فى مشروعات B.O.T وضرورة وضع ضوابط لهذه العقود . تصريحات الرئيس لرؤساء تحرير الصحف المصرية أثناء عودته من الكويت والإمارات . انظر الأهرام – الصفحة الأولى العدد رقــــم – ٤١٩٧٩ السـنة ١٢٦ – الصــفحة الأولــى بــتاريخ (=)

وإذا كانـــت نظـــرية العقـــود الإدارية وتطورها فى النظام القانونى الفرنســـى إنمـــا نشـــأت فى كنف الإزدواج القضائى ، وإنشاء قضاء إدارى يخـــتص بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية . فإن هذا القضاء هـــو الـــذى دأب على العمل على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التى تطـــبق أمـــام المحاكم العادية ، وهو ما ساهم بقدر كبير فى إنشاء القانون الإدارى الـــذى يعد بطبيعته قانون قضائى . وهو الأمر الذى ينصرف بدوره على نظرية العقود الإدارية .

وعلـــى ذلـــك فـــإن القضاء المصرى قبل إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ لـــم يكن يعرف القواعد الإدارية التى تطبق على العقود الإدارية فى القضـــاء الإدارى الفرنسى . وكان يطبق على عقود الإدارة القواعد الخاصة الـــتى تـــنظمها على فرض وجودها . فإن لم يكن ثمة قواعد من هذا النوع فإنـــه يطبق عليها قواعد القانون المدنى . فعلى خلاف القاضى الإدارى فإن القاضـــى المدنـــى يقـــنع دائما بدوره فى تطبيق القانون دون المساهمة فى خلقه وابتداعه عند غياب النص التشريعى .

ومـــن أهم الأمثلة التى يضربها الفقه تأييداً لذلك هو رفض القضاء العـــادى تطبـــيق نظـــرية الظـــروف الطارئة ، والتى أقرها مجلس الدولة الفرنســـى مـــن قبل . ففى حكمها بتاريخ ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاســـتئناف المخـــتلطة علـــى شركة مياه الإسكندرية حقها فى طلب زيادة المقابل الذى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً، وقـــررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الإدارة وأن

(=) ٢٠٠١/١١/١٢ . وأعاد التحذير مرة أخرى – بمناسبة افتتاح كوبرى الفردان – الأهرام بتاريخ ٢٠٠١/١١/١٥ – ص٣٠ .

ليس للقضاء أن يعتدى على حق الإدارة فى هذا الخصوص ، لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقيات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها[١] .

وهو ما أكدته محكمة الاسكندرية المختلطة بقضاء لاحق فى ٦ مايو ١٩٢٦ مقررة أن « القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة، وأن مهمة المحاكم تنحصر فى تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التى تعقد بحرية وأن هذه المبادئ تسرى على الامتيازات التى تبرمها الإدارة .. »[٢] .

ومضت المحاكم الأهلية على هذا الدرب والتزمت ما سبق وقررته المحاكم المختلطة وعندما أرادت محكمة الاستئناف تلمس العدالة وتطبيق نظرية الظروف الطارئة اهتداء بما قرره القضاء الإدارى فى فرنسا وقفت لها محكمة النقض بالمرصاد وألغت قضاءها فى ذلك .

فقد تعلق الأمر بمتعاقد مع الإدارة على توريد كمية كبيرة من الشعير فى وقت كانت الحكومة تفرض تسعيرة محددة للشعير فما إن شرع المتعهد بتوريد ما اتفق عليه حتى ألغت الحكومة التسعيرة فارتفع سعر الشعير بصورة كبيرة فتوقف عن تنفيذ التزاماته فاشترت الإدارة على حسابه ورفعت الدعوى أمام محكمة أول درجة لتطالبه بفرق الثمن فدفع ذلك بالظروف الطارئة . فرفضت المحكمة دفعه ، ولما رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف مقررة « انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين » .

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة – السنة ٣٦ – ص ٢٨٩ .

(٢) الجازيت – السنة ١٦ – ص ٢٥٥ .

وعندما اتصلت محكمة النقض بالدعوى أصدرت حكمها في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ فألغت حكم الاستئناف ؛ لأنه أخطأ في تأويل القانون بتقرير المساواة بين الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم وبين الحادث الجبري الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة » . وقررت أنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس العدل والعفو والإحسان إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها .. »[1] .

وعلى الرغم من مجافاة هذا القضاء لمنطق العدل وضرورة النظر إلى منازعات العقود الإدارية نظرة مختلفة تستدعي تطبيق قواعد خاصة ومغايرة لتلك التي ينظمها القانون المدني على هذه المنازعات . فإن هذا الاتجاه القضائي قد ظل ثابتا ولم يغير فيه اتجاه بعض الأحكام للإعلان عن عدم رضاها عن ذلك ، ومنها حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يناير ١٩٣٣ والتي قررت فيه « .. أنه في حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدي للمنازعات المتولدة عن تلك العقود أن تراعي المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتي يمكن استمدادها من المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري ذلك القانون الذي يوجد حتما في كل دولة متحضرة»[2] .

ويتضح مما سبق أن الدواعي التي أدت إلى قيام قضاء إداري متخصص بالنظر في المنازعات الإدارية - ومنها العقود الإدارية - أمر

---

(١) المجموعة - حكم رقم ١١٠ - ص ٢٩٠ .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة - السنة ٤٥ - ص ١١٤ .

تستدعيه قواعد العدالة . ولم يكن أبداً بقصد محاباة جهة الإدارة على حساب المتعاقد معها . فتوازن التزامات المتعاقد مع الإدارة هو الضمان الأساسي لنجاح العقد الإداري . وهو الأمر الذي سعت إليه نظرية التوازن المالي في العقد الإداري . والتي شادها القضاء الإداري في فرنسا وأخذ بها بعد ذلك القضاء الإداري المصري . وإذا كان القضاء الإداري في فرنسا لم يفقد قدرته على التطور مواكبة للتطورات الاقتصادية والسياسية في المجتمع . فإن القضاء الإداري المصري لا سيما فيما يتعلق بالعقود الإدارية لم يبارح قضاءه الذي صدر منذ بواكير أحكامه في الخمسينات من القرن الماضي .

وهو الأمر الذي يخالف اتجاهات قضاء المجلس في موضوعات أخرى كالحريات أو القرارات الخاصة بالموظفين ، التي تميز قضاؤه فيها بالتطور وملاحقة التغييرات السياسية والاقتصادية في المجتمع .

المبحث الثاني

مظاهر إختلال التوازن بين المتعاقدين في العقد الإداري

قلنا فيما سبق ؛ إن الاتجاه إلى الخصخصة والنظام الاقتصادي الحر يؤدي إلى ازدياد أهمية العقود الإدارية . إذ أن الدولة وأجهزتها المختلفة سوف تسعى إلى الحصول على احتياجاتها عبر الاتفاق مع الغير عن طريق العقد الإداري .

وإذا كان العقد الإداري يستلزم – نظراً لاتصاله بنشاط مرفق عام يؤدي خدمة عامة – أن يكون للإدارة مركز متميز في العقد الإداري يختلف

مداه من عقد إلى آخر . فإن هذا الأمر لا يستلزم ضرورة الإبقاء على توازن التزامات المتعاقدين فى العقد الإدارى .

على أن الملاحظ أن النظرية التقليدية فى العقود الإدارية تزخر بمواطن كثيرة تؤدى إلى وجود اختلال فى التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى . وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى.

أما الثانى فنتناول فيه : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى .

وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى

تتعدد مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى ، ذلك أن فلسفة وسائل إبرام العقد الإدارى تنهض على التشدد فى اختيار المتعاقد مع الإدارة حتى لا تتعاقد جهة الإدارة مع أشخاص غير مؤهلين لذلك ، مع ما يترتب على ذلك من أضرار تلحق بالمصلحة العامة.

على أن بعض هذه الإجراءات فى كثير من الأحيان تفتقر إلى العدالة ، وسوف نرصد أهم هذه الاختلالات كما يلى :-

الفرع الأول : سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها .

الفرع الثانى : عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة .

الفرع الثالث : سلطة الإدارة فى عدم اعتماد الترسية .

الفرع الأول

سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها

للإدارة إلغاء المناقصة قبل البت فيها فى حالتين :

الأولى : إذا رأت الإدارة الاستغناء عن المناقصة ، فمن المعلوم أن جهة الإدارة تلجأ إلى المناقصة لكى توفر حاجة المرفق سواء تمثلت فى توريدات أو إنشاءات أو غير ذلك . فإذا أعلنت الإدارة عن حاجتها للمناقصة وبعد ذلك رأت الاستغناء عنها ، فإن القانون يعطى لها الحق فى إلغاء هذه المناقصة .

الثانية : إذا اقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة ، وهو أمر تقدره الإدارة ، فقد تؤدى المناقصة إلى تآكل الاعتمادات المالية المخصصة للإدارة ، ومن ثم ترى الإدارة إلغاء المناقصة ، أو تقدر أن اللجوء إلى أسلوب آخر للتعاقد قد يمكنها من تحقيق هدفها وتحقيق المصلحة العامة أكثر من المناقصة .

ويشترط لإلغاء المناقصة فى هاتين الحالتين ما يلى :

١ - أن يكون الإلغاء قبل البت فى المناقصة ، ونرى أن ذلك يكون قبل فتح المظاريف ، لأن عمل لجنة فتح المظاريف هو فى حقيقته استهلال

لعمل لجنة البت ، فإذا قامت لجنة فتح المظاريف بعملها فلا يصح إلغاء المناقصة استناداً إلى هاتين الحالتين .

٢- يجب أن يكون قرار إلغاء المناقصة صادرا من السلطة المختصة ويجب تسبيبه ، فإذا صدر القرار بغير تسبيب أو صدر لسبب لم يحدده القانون جاز الطعن عليه بالإلغاء أمام مجلس الدولة على الوجه المبين فى القانون .

وسلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة على هذا الوجه ، تعتبر عملاً مشروعاً لا تؤاخذ عليه الإدارة إذا ما كان هذا الإلغاء مطابقاً للشروط التى حددها القانون على الوجه السابق .

ووجه عدم التوازن بين سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة أو غيرها من وسائل التعاقد الأخرى وبين حق مقدم العطاء ظاهر من ناحيتين:

الأولى : أن كثيراً من المناقصات التى تعلن عنها الإدارة تتطلب فى كثير من الأحيان دراسات كثيرة ومتعددة الجوانب قد تكون هندسية أو إنشائية أو اقتصادية . وهو أمر يكلف مقدم العطاء مبالغ طائلة . وهو يفعل ذلك ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة . وعلى ذلك فإن إلغاء جهة الإدارة للمناقصة بعد تقديم العطاءات وقبل البت فيها قد يصيب مقدم العطاء بأضرار بالغة . ولذلك يجب حتى يتوازن مركز الإدارة مع مركز مقدم العطاء أن يكون للأخير حق الحصول على تعويض إن أصابه ضرر من جراء إلغاء جهة الإدارة للمناقصة قبل البت فيها .

الثانية : أن مقدم العطاء يلتزم - بعد تصدير عطائه إلى جهة الإدارة - بعطائه المدة المحددة فى الإعلان عن المناقصة ؛ أى حتى ميعاد فتح المظاريف ، ولذلك لا يستطيع أن يرجع فى هذا العطاء أو يسحبه أو

حتى يغيره ، وهو ما تنص عليه المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات فى مصر « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط » .

وقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها بأن « القاعدة هى أن مقدم العطاء يلزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فى شروط العطاء وهذه القاعدة تطبيق للقاعدة العامة فى مجال القانون الخاص (المادة ٩٣ من القانون المدنى) والتى لم ير المشرع موجباً للخروج عليها فى مجال عقود الإدارة »[1] .

ويترتب على عدم التزام مقدم العطاء بعطائه المدة التى حددتها الإدارة فى الإعلان أثر هام وهو مصادرة التأمين الابتدائى المرفق بالعطاء[2] .

وفى ذلك تتبدى المفارقة بين مركز الإدارة وبين مقدم العطاء ؛ الإدارة تستطيع إلغاء المناقصة دون مؤاخذة أو تقرير حق مقدم العطاء فى التعويض ، أما إذا أراد مقدم العطاء أن يسحب عطاءه أو يغيره فإنه لا يجوز ذلك ، وإذا حدث فإنه يخسر التأمين الابتدائى الذى قدمه مع عطائه.

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : الدعوى رقم ٩٦٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .

(٢) جابر جاد نصار : المناقصات العامة – دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ١٢٦ .

الفرع الثانى

عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة

لا شك أنه فى نظام الممارسة تكون الإدارة أكثر حرية فى اختيار المتعاقد معها ، وإذا كان القانون الجديد قد سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة من حيث سلطة الإدارة فى اللجوء إلى أيهما كما أخضع الممارسة العامة لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة العامة . فإنه فى إطار نظام الممارسة العامة تتوافر للإدارة مرونة أكثر فى مفاوضة وممارسة مقدمى العطاءات للتعاقد مع أحدهم إن كانت لجنة الممارسة مخولة بالتعاقد معهم ، أو رفع تقرير إلى السلطة الأعلى للنظر فى نتيجة الممارسة .

واستقر مجلس الدولة المصرى بشقيه القضائى والإفتائى على عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة . وزجج المشرع المصرى ذلك ؛ إذ نص فى المادة الأولى من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على « ... ولا يجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة » .

على أننا نرى جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة ؛ ففى ذلك تحقيق لمصلحة الإدارة وكذلك مصلحة من قدم العطاء ؛ للاعتبارات السابق بيانها، والتى تكمن فى التكلفة المالية الكبيرة التى يتكلفها مقدم العطاء حين إعداد عطائه .

كما أن الممارسة العامة تخضع لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة العامة . وإذا كان هذا الحظر له ما يبرره فى ظل القانون الملغى

رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والذى كان يجعل من المناقصة العامة الأسلوب الأساسى للتعاقد وأن اللجوء إلى غيرها هو الاستثناء الذى يجب أن يكون مسببا - فإن القانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة وجعل للإدارة حرية اللجوء إلى أيهما وفقا لما تراه .

الفرع الثالث

سلطة الإدارة فى عدم اعتماد الترسية

من المسلم أن إجراءات المناقصة أو الممارسة أو غيرها من وسائل إبرام التعاقد الإدارى ماهى إلا تمهيد للعقد الذى يبرم فى نهاية الأمر بين الإدارة ، والمتقدم بأفضل العطاءات . وهو ما تقرره محكمة القضاء الإدارى إذ ذهبت إلى أنه « لا نزاع فى أنه للجهات الإدارية سلطة تقديرية فى إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسالها على المتعهدين ، وذلك أن طرح المناقصة فى السوق وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسالها على صاحب أفضل عطاء ، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذى تبرمه الحكومة مع المتعهد ، ومن ثم فهى تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضى بإلغاء المناقصة والعدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أى حق فى إلزامها بإبرام العقد .. »[1] .

وهو أيضاً ما قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٦٠ جاء فيه « ... وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : القضية رقم ٢٥١ لسنة ١٣ ، فى مجموعة المبادئ ، س ١٤ ص ١٨٢ .

المتقدميـن ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد ، بل ليس إلا إجراء تمهيدياً في عملية العقد الإدارى المركبة ، ثم بعد ذلك يأتى دور الجهة المختصة بإبرام العقد فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذى عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد ؛ حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص ، ولا تستبدل غيره إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية في حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة .. »[1] .

ويذهب الفقه إلى أن الإدارة تمارس هذا الحق دون أن تلتزم بتسبيب قرارها[2] . وهو الأمر المسلم أيضاً في القانون الفرنسي ، حيث تنص المادة ٢٨٧ فقرة ثانية من تقنين العقود الفرنسي على حق سلطة الاعتماد المختصة في رفض اعتماد نتيجة المناقصة[3] .

ولا شك أن هذه السلطة المقررة للإدارة في عدم اعتماد ترسية المناقصة أو الممارسة على العطاء الأفضل بعد هذه الإجراءات الطويلة

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣١٣ س ٤ ق جلسة ١٣ فبراير سنة ١٩٦٠.

(٢) أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – ص ١٨٠ .

عبدالفتاح أبو الليل: أساليب التعاقد الإدارى – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية – ص٢١١.

سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية – ص ٣١٤ .

(3) De laubader (A) : Traité des contrats administratifs, F. Moderne et p. Delvolvé, 2e éd T.I , 1983. p. 629 . Quancard: (M):l'adjudication des marches publics de travaux de Fournitures : 1942 , p.p. 175 et s .

والمعقدة والمكلفة تمثل إهداراً لمصلحة مقدم العطاء الأفضل ويخل بالتوازن بينه وبين الإدارة .

وفــي الواقــع نحــن لا نسلم بهذا المنطق ؛ ونرى ضرورة التسليم بانعقــاد العقــد بمجرد صدور قرار الترسية فهو يجب أن يمثل قبول الجهة الإداريــة للإيجــاب الذى يتمثل فى تقديم العطاء ، وفى هذه الحالة إن كان القــانون قــد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية ، فان ذلك – لا يمنع فى نظــرنا – مــن انعقاد العقد ، وإنما يعتبر نفاذه موقوفا لحين تحقق الشرط الواقــف وهــو ضــرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى ، هذا الرأى يحقــق هدفيــن ، يتمثل أولهما : فى إثارة مسئولية الإدارة العقدية إن هى نكصــت علــى أعقابها ولم تقبل سريان العقد فى غير الحالات التى حددها القــانون ، أما الهدف الثانى : فيتمثل فى تقييد سلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتبره القانون .

ومذهــب انعقــاد العقــد بمجــرد الترســية هو ما يأخذ به قانون اليونســترال حيــث نصت المادة ٣٥-١ من قانون اليونسترال[١] على أنه « يقــبل العطاء الذى يكون قد تم التحقق من أنه العطاء الفائز وفقا للمادة ٤٢-٤-ب ويعطــى إخطار قبول العطاء فوراً إلى المورد أو المقاول الذى قدم العطاء » .

وتــنص الفقــرة ٢-١ مــن هذه المادة على أنه « يجوز أن تلزم

---

(١) مشــروع قــانون الأمــم المتحدة يهدف إلى توحيد قواعد المناقصات العامة على المستوى الدولى . فى ذلك مؤلفنا : المناقصات العامة دراسة مقارنة فى القانونين المصــرى والفرنســى والقانون النموذجى للأمم المتحدة «اليونسترال» – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ٦ .

وثـــائق التماس العطاءات المورد أو المقاول الذى قبل عطاؤه بالتوقيع على عقـــد اشـــتراء كـــتابى مطابق للعطاء ، وفى مثل هذه الحالات توقع الجهة المشترية مع المورد أو المقاول على عقد الاشتراء فى غضون فترة زمنية معقولـــة بعد إرسال الإخطار المشار إليه فى الفقرة (١) من هذه المادة إلى المورد أو المقاول .

وتـــنص الفقـــرة – ب من هذه المادة على أنه « فى حالة اقتضاء التوقـــيع علـــى عقد اشتراء كتابى وفقا للفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة يصـــبح عقـــد الاشتراء نافذاً متى وقع المورد أو المقاول والجهة المشترية علـــى العقد ، وفى الفترة الواقعة بين إرسال الإخطار المشار إليه فى الفقرة (١) مـــن هـــذه المادة إلى المورد أو المقاول ونفاذ عقد الاشتراء لا يجوز للجهة المشترية ولا للمورد أو المقاول أن يتخذ أى إجراء يتعارض مع نفاذ عقد الاشتراء أو مع أدائه .» .

وتنص الفقرة ٣ من المادة ٣٥ على أنه « إذا كانت وثائق التماس العطـــاءات تـــنص علـــى أن عقـــد الاشـــتراء يتطلب موافقة سلطة عليا ، ولا يصـــبح عقـــد الاشـــتراء نافذا قبل صدور هذه الموافقة ، وتحدد وثائق الـــتماس العطـــاءات الفترة الزمنية المقدرة التى يجب أن تفصل بين إرسال إخطـــار قـــبول العطـــاء وبين الحصول على الموافقة » والمستفاد من هذه النصوص ، أن قانون اليونسترال يميز بين نفاذ العقد وبين انعقاده .

فالعقد ينعقد بين الإدارة وبين مقدم العطاء الفائز بمجرد فوز عطائه وإخطـــاره بذلـــك ، على أنه يمكن أن يعلق نفاذ هذا العقد بين جهة الإدارة والمقـــاول أو المـــورد صاحب العطاء الفائز على شرط كتابة عقد بينهما ، ويجـــب أن يكـــون هـــذا العقد مطابقا للعطاء ، وأن تشترط الإدارة ذلك فى

وثائق الإعلان عن المناقصة .

كمـا يمكـن لهـا أن تـنص فى وثائق الإعلان عن المناقصة على ضرورة موافقة سلطة عليا ، وهنا لا يصبح عقد الاشتراء نافذا إلا بعد تمام هذه الموافقة ، على أن هذا لا ينفى انعقاد العقد بمجرد تحديد العطاء الفائز، ويبقى التصديق على العقد مرحلة أخرى تماما ، إذا تمت فإن العقد ينفذ من تمامهـا ، وإذا رأت السـلطة العلـيا عدم التصديق على العقد أصلا أو فى الموعـد المحـدد فـإن ذلك يؤدى إلى فسخ العقد وإثارة مسئولية الإدارة العقدية .

المطلب الثانى

مظاهر الاختلال فى مرحلة تنفيذ العقد

لعـل مـن أهـم ما يميز العقد الإدارى عن العقد المدنى هو مركز الإدارة فـيه ؛ فالإدارة فى العقد الإدارى تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلا فى عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد .

علـى أنه إذا اقتصر العقد الإدارى على ذلك لم يكن ليستقيم الأمر ، ففـى مواجهـة سـلطات الإدارة توجـد حقوق للمتعاقد معها . ففضلا عن اسـتحقاقه الثمـن والذى يعنى المقابل المالى المتفق عليه فى العقد ، فإنه يحق له أن يطالب الإدارة بالتعويضات إن كان لها محل . وحق المتعاقد مع الإدارة فى هذه التعويضات قد يرتبط بضرورة المحافظة على التوازن المالى فـى العقد الإدارى ، وقد يترتب على ارتكاب الإدارة لأخطاء معينة أصابته بضرر .

وعلى الرغم من أن نظرية التوازن المالى فى العقد الإدارى أنشأها القضاء الإدارى فى فرنسا وأخذ بها القضاء الإدارى المصرى لإقامة العدالة والتوازن بين طرفى العقد . إلا أن ثمت مظاهر تنال من هذا التوازن وتنتقص من فكرة العدالة فيه. وسوف نشير إلى أهم هذه المظاهر كما يلى:

الفرع الأول

تعويض المتعاقد مع الإدارة جزئياً فى الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفاً وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد ، وتؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة؛ أو بمعنى آخر فإنها تؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد ، وتؤدى إلى خسارة غير محتملة . ففى مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئيا عن هذه الخسارة .

ونظرية الظروف الطارئة يشترط لتوافرها ضرورة أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه . وعلى ذلك فإن الظرف الطارئ الذى تتطلبه نظرية الظروف الطارئة يعنى الظرف الذى لم يكن فى حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مع الإدارة كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع استيراد سلعة يلتزم بتوريدها أو تخفيض قيمة العملة. فكل هذه ظروف طارئة لم تكن فى حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد .

ويترتب على نظرية الظروف الطارئة كما تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى « ... أن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام

جهـــة الإدارة بمشـــاركة المتعاقد معها فى هذه الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليما ...» .

ومـــؤدى ذلـــك أن الإدارة لا تعـــوض المـــتعاقد معها عن الظروف الطارئـــة تعويضـــاً كـــاملاً بدعـــوى أن الإدارة لا يد لها فى حدوث الظرف الطـــارئ . والحقـــيقة أن ذلك ليس سبباً جوهرياً يؤدى إلى حرمان المتعاقد مع الإدارة من التعويض الكامل الذى يؤدى إلى تمكينه من تنفيذ العقد تنفيذاً ســليماً . وهـــو ما نطالب به حتى تتوازن حقوق المتعاقد والتزاماته . وهو الأمـــر الـــذى يـــتفق والأطـــر الجديدة للتعاقد التى نشأت مع اتجاه النظام الاقتصـــادى فـــى الدولـــة حديثا إلى الخصخصة مثل عقود البوت . ونماذج العقود الدولية مثل عقود الفيديك على الوجه الذى سوف يرد فى هذا البحث – بعد ذلك – تفصيلا .

الفرع الثانى

ضرورة أن ترتبط ممارسة الإدارة لسلطاتها فى العقد الإدارى بطبيعة العقد وحصول المتعاقد معها على تعويض

إذا كانت سلطات الإدارة فى العقد الإدارى لازمة لضمان حسن تنفيذ العقـــد وتنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته الناتجة عن العقد ، فإن الواقع يقتضـــى الاعـــتراف بـــأن التطور الحديث الذى أفرزته التطورات السياسية والاقتصـــادية قـــد أفرز صوراً جديدة للعقود الإدارية مثل عقود الإنشاءات الدولـــية التى أصبحت تعقد وفقاً لصيغ سابقة التجهيز مثل عقود الفيديك أو عقـــود الـــ B.O.T بصوره الكثيرة . وهذا الجيل من العقود الإدارية – لا

سـيما عقـود البوت – والتى تعنى أن الملتزم (شركة المشروع) هو الذى ينشــىء المــرفق ويشغله ويعيد ملكيته إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء مدة الالــتزام . ففى مثل هذه العقود يجب أن تأخذ الشروط الاتفاقية مساحة أكبر الأمــر الــذى يجـب معه تقييد سلطة الإدارة فى ممارسة سلطاتها فى هذه العقود بصورة تكفل للإدارة أن يكون لها مركزاً متميزاً فى العقد الإدارى مع المحافظة على حقوق المتعاقد معها .

ومــن ناحـية أخــرى ، فإنه يجب أن يرتبط تدخل الإدارة فى العقد الإدارى بحـق المــتعاقد معها فى الحصول على تعويض كامل عن الأضرار التى تلحق به من جراء هذا التدخل أيا كانت هذه الأضرار .

نخلــص مــن جمــاع مــا سبق إلى : أن القضاء الإدارى باعتباره المصــدر الرئيسـي لنظريات وقواعد القانون الإدارى بصفة عامة ونظرية العقـود الإدارية بصفة خاصة بحاجة إلى تطور كبير حتى يتلاءم مع تزايد الأهمية العملية للعقود الإدارية فى ظل التحول الاقتصادى الذى تسير الدولة تجاهــه بخطــى ســريعة ومـتلاحقة وذلك حفظا لحق الشعب فى ثرواته وموارده الأساسية .

الفصل الرابع

صور العقود الإدارية

تتعدد صور العقود الإدارية بتعدد موضوعاتها فلم يعد الأمر قاصراً علـى صور محددة حصراً للعقود الإدارية كما كان الأمر في السابق . حيث كانـت العقود الإدارية تكاد تنحصر في ثلاثة عقود هي عقود الأشغال العامة والالـتزام والـتوريد . علـى أنـه تبقى هذه العقود الثلاثة هي أهم العقود الإداريـة ويمثل النظام القانوني الذى يحكمها عصب القواعد القانونية التى تحكـم نظرية العقود الإدارية بصفة عامة . ولذلك سوف نتناولها بمزيد من التفصيل باعتبارها أهم صور العقود الإدارية .

المبحث الأول

عقـد الالتزام

يعتـبر عقـد الالتزام من أهم العقود الإدارية إن لم يكن أهمها على الإطـلاق ، فعـن طـريقه تعهد الدولة لأحد الأشخاص سواء أكان فرداً أو شركة بإدارة مرفق عام .

إذا يعد عقد الالتزام أسلوباً لإدارة المرافق العامة . فقد ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم .

على أن أهمية عقد الالتزام قد زادت في الآونة الأخيرة نظراً لاتجاه الدولـة للاقتصاد الحر وفي هذا الإطار برز دور جديد لعقد الالتزام كوسيلة لتحقـيق هـذا الاتجاه فضلا عن ظهور صور جديدة لعقد الالتزام تعهد فيها

الدولـــة للقطـــاع الخـــاص مهمة إنشاء وتشغيل المرفق لمدة من الزمن ثم إعادته مرة أخرى إلى الدولة .

وهـــى مـــا تعرف بعقود البناء والتشغيل والتحويل BOT ، وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT .

وفـــى هـــذا الإطار لا تخفى خطورة عقد الالتزام إن هو أبرم لفترة طويلـــة كما حدث بالنسبة لالتزام قناة السويس الذى ابرم أول مرة لتسعة وتسعين سنة وكان سبباً مباشراً فى الاحتلال الإنجليزى لمصر .

وسوف ندرس عقد الالتزام دراسة تفصيلية سواء من حيث تعريفه أم بـــيان طبيعـــته وأخـــيراً الآثـــار التى تترتب عليه ثم نفرد دراسة خاصة للتطور الحديث لعقد الالتزام . وذلك كما يلى :

المطلب الأول

تعريف عقد الالتزام

عرف القانون المدنى المصرى عقد التزام المرافق العامة فى المادة ٦٦٨ منه بالآتى : «التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذى صـــفة اقتصـــادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المـــرفق وبيـــن فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن» .

وقـــد عرفت محكمة القضاء الإدارى عقد الالتزام فى حكمها بتاريخ ٢٥ مـــارس ١٩٥٦ بأنـــه « .. التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يـــتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته

المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التى توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح .

فالالتزام عقد إدارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام. ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضا فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين ..»[١].

ومما سبق تتضح أهمية عقد الالتزام من حيث أنه يسمح بأن يحل شخص عادى محل السلطات العامة فى إدارة مرفق عام على أن التطور الحديث – منذ بداية العقد الأخير من القرن العشرين . ومع اتجاه الدولة إلى نظام الاقتصاد الحر وإعطاء الدور الأكبر للقطاع الخاص فى الحياة الاقتصادية تعددت صور عقد الالتزام ولم يعد الأمر يقتصر على مجرد حلول شخص عادى أو شركة محل الإدارة فى إدارة مرفق عام وإنما أصبح الفرد العادى أو المشروع يتكفل بداءة بإنشاء المرفق وتشغيله مدة الالتزام ثم يعيده مرة أخرى إلى الدولة وهو الأمر الذى استدعى أن يضبط مجاله بنص دستورى . فالمادة ١٢٣ من دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ تنص على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة . .

ونظم المشرع عقد الالتزام بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . واقتضت التطورات سابق الإشارة إليها أن يصدر المشرع تعديلات على هذين القانونين تمشيا مع هذه التطورات

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢٥ مارس ١٩٥٦ المبادئ – السنة العاشرة – ص٢٥٩ .

وبمقتضــاها عدلت فى قواعد منح الالتزام وحقوق الملتزم ومدة الالتزام ، ومــثال ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ سوف نعرض لأهم أحكام عقد الالتزام فيها بعد تبيان طبيعة عقد الالتزام .

المطلب الثانى

طبيعة عقد الالتزام

ذهبت بعض الآراء إلى تكييف عقد الالتزام بأنه عمل قانونى يصدر مــن جانب واحد وهو الإدارة ، وأن حقوق المتعاقد مع الإدارة لا تستمد من عقــد يبرمه باتفاق مع جهة الإدارة وإنما مصدرها العمل القانونى الصادر مــن الإدارة وحدهــا . وعلى هذا الأساس فإن الملتزم ليست لــه حرية فى مناقشــة بنود عقد الالتزام وإنما كل ما هو لــه أن يقبل أو يرفض الوثيقة التى تصدرها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة .

على أن الرأى الراجح فى تكييف عقد الالتزام يذهب إلى اعتبار هذه العقود من طبيعة مركبة أى تتضمن شروطاً تعاقدية وأخرى لائحية .

أولاً : الشروط التعاقدية :

وهــى الشــروط الــتى يجرى الاتفاق بشأنها بين الملتزم والإدارة وتخضــع لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وغالبا ما تتصل هذه الشروط بالجوانب المالية للعقد بين الملتزم والإدارة .

ثانياً : الشروط اللائحية :

وهــى الشروط التى تتصل بإدارة المرفق العام وتنظيمه على وجه

معيـــن فالأصل أن الإدارة هي التي تقوم بذلك . وإذا كان عقد الالتزام يخول لها أن تتخلى عن ذلك - لأسباب تقدرها - إلى الملتزم فإن ذلك يكون وفق الشـــروط والقيود التي تحددها هي والتي لا تخضع للمساومة أو المفاوضة بينها وبين الملتزم .

وهـــذه الشـــروط اللائحـــية تملك الإدارة دائما تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق وضرورة انتظامه واطراده في أداء الخدمة .

وفي ذلك تذهب محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بتاريخ ٢٧ يـــناير ١٩٥٧ إلى أن الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاونـــاً لها ونائبا عنها في أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابـــة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعـــد تنازلاً أو تخليا من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قـــبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تـــتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فـــتفرض على الملتزم عبئا جديداً يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبيـــنه ، أو تعـــدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله ، وهي في ذلـــك كله لا تستند إلى الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه الســـلطة متمتعة في ذلك بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدي الأمر الـــذي يترتـــب علـــيه اســـتبعاد تطبـــيق قواعـــد القانون الخاص المتعلقة بالالـــتزامات. ولذلـــك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم جوانبه مركزاً لائحيا يتضـــمن تخويـــل الملـــتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل

بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام ... وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام إلا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا .. (١) .

وفي حكم لها أكدت المحكمة الإدارية العليا ما سبق « .. أن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم .. (٢) .

وعلى الرغم من تسليمنا بالطبيعة المزدوجة للشروط الواردة بعقد الالتزام كما يذهب إلى ذلك الفقه الراجح وكما استقرت عليه أحكام القضاء – وعلى الوجه الذي سبق وبيناه – فإننا نتساءل عن قدرة هذا التقسيم على الصمود في وجه التطورات الحديثة لعقد الالتزام والذى يقوم فيها الملتزم بإنشاء المرفق وتشغيله وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة وهذه العقود لا تقبل بسهولة فكرة التفرقة بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية ولذلك ليس بمستغرب أن تلجأ الدولة إلى إصدار قوانين للاستثناء من أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ مثل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ المجموعة س١١ ص١٦٠ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ قضية ١١٠ س١٣ المجموعة م ٢٣ ص٢٧ .

١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء الطرق العامة ، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال مطارات وأراضى النزول .

إن هذه الاستثناءات التى أوشكت أن تصبح القاعدة العامة فى منح الالتزام تبتغى إعطاء الدور الأكبر للشروط التعاقدية فى عقد الالتزام على حساب الشروط اللائحية .

المطلب الثالث

النظام القانونى لعقد الالتزام

نظراً لأهمية عقد الالتزام فقد حرص المشرع على تنظيم أهم جوانبه بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ووفقا لأحكامهما يتحدد النظام القانونى لعقد الالتزام كما يلى :

أولاً : السلطة المانحة للالتزام :

حددت المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ السلطة المانحة للالتزام كما يلى :

أ- يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب .

ب- بالنسبة لموارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية فيكون منح الامتياز الخاص باستثماراتها بقرار من وزير

الدفاع إذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات .

وعلى ذلك فإن مجال إعمال هذا الاستثناء محكوم بشرطين الأول أن تكـون المـوارد محل العقد تابعة لوزارة الحربية وآلا تتجاوز مدة الامتياز خمـس سـنوات فإذا تخلف أحد الشرطين فإن منح الامتياز فى هذه الحالة يجب أن يكون بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب :

ثانيا : مدة الالتزام

تتميز مدة عقد الالتزام بأنها طويلة نسبياً . فقد حددها القانون رقم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ بثلاثيـن عاماً . ومرد ذلك أن هذا الزمن الطويل الذى يستغرقه عقد الالتزام يكفل للملتزم أن يسترد ما أنفقه من أموال على إنشاء أو تحسين المرفق .

وهـذا التحديد الذى أتى به القانون أنهى عرفا كان يجرى بمقتضاه مـنح الالتزامات لمدة كبيرة كانت تصل إلى ٩٩ سنة ولعل أشهر التزام فى التـاريخ هو التزام قناة السويس إذ أبرم لمدة ٩٩ سنة ولا يخفى على أحد مـا سببه هذا العقد من كوارث لمصر ابتداء من التدخل الأجنبى فى شئونها إلـى إغـراء حكامهـا آنذاك بالاقتراض بضمان قناة السويس حتى غرقت الحكومة آنذاك فى الاستدانة . وتبع ذلك الاحتلال البريطانى لمصر .

ومـن العجـب ان نعود مرة أخرى إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة كما حدث بالنسبة للقانون ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن التزامات الطـرق العامـة والقـانون ١٠٠ لسـنة ١٩٩٦ بشأن التزامات الكهرباء والقـانون ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح الالتزامات لإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول .

ولا شـك أن هـذه العودة غير الحميدة لا تتفق مع الفكر القانونى الحديث الذى يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغت أهميته ممتداً عبر الزمن لمدة قـرن مـن الـزمان يقيد أجيالاً من بعدها أجيال . وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية لشعب من الشعوب .

المطلب الرابع

آثار عقد الالتزام

يرتـب عقـد الالـتزام حقوقـاً لطرفيه ، وهى حسب ما نص عليه القانون رقم ١٢٩ كما يلى :

أولاً : حقوق السلطة مانحة الالتزام :

حدد القانون السلطة مانحة الالتزام فى ثلاثة حقوق كما يلى :

١- حق الرقابة على إنشاء وإدارة المرفق العام :

فالمـادة السـابعة مـن القانون تنص على أنه «لمانح الالتزام أن يراقـب إنشـاء المـرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية» .

فحـق الإدارة فـى الرقابة على المرفق العام موضوع الالتزام حق ثابـت لهـا سواء عند إنشائه أو أثناء تسييره وذلك راجع إلى طبيعة عقد الالـتزام والـذى من خلاله تعهد الإدارة إلى شخص عادى بإدارة المرفق . وهو حق مسلم به حتى فى حالة عدم النص عليه فى وثيقة الالتزام .

كما أن حق الرقابة يشمل جميع الأعمال التى تتصل بالمرفق سواء

تعلقت بالنواحي الفنية في إنشائه أو تسييره أم بالنواحي المالية . وللإدارة أن تعهد إلى أي جهة تراها ممارسة هذه الرقابة أو تشكيل لجنة تختص بذلك . أو تعيين مندوبين ينوبون عنها في مراقبة إنشاء المرفق وتسييره . ويجب على الملتزم أن يمكن الإدارة أو من ينوب عنها في ممارسة مهمته الرقابية ، وعليه تقديم كافة البيانات أو الأوراق التي تطلبها الجهة التي تمارس الرقابة .

٢- حق الإدارة في تعديل النصوص اللائحية بالإرادة المنفردة :

لما كانت الشروط اللائحية في عقد الالتزام شروطاً مقررة من قبل الإدارة مانحة الالتزام ولم تكن محل مفاوضة من قبل الملتزم بل عليه أن يقبلها كما هي فإنه يبقى للإدارة في كل حين تعديل هذه الشروط حسب ما تتطلبه مصلحة المرفق العام وضرورة انتظامه . وهو ما تنص عليه المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ «لمانح الالتزام دائما متى اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل» .

وعلى ذلك فإن سلطة الإدارة في تعديل هذه الشروط والتغيير في ظروف تنفيذ العقد يستوجب تعويض الملتزم بحيث لا يتحمل وحده النتائج التي يمكن أن تترتب على هذا التعديل . وفي ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ « .. ومن حيث إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة

العامـــة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . والمسلم به أن التعريفة أو خطــوط الســير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مــانح الالتزام المنفردة ، غير أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه فى تعديــل وقواعــد الــتعريفة أو خطوط السير لصالح المنتفعين إلا أن إيثار الصــالح العــام علــى الصــالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصــالح الخاصـــة بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب علــى هــذا التعديل إضرار بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعوضـه بما يجبر هذا الإضرار .

٣- حق الإدارة مانحة الالتزام فى استرداد المرفق قبل نهاية مدته :

وهــذا الحــق أيضا مقرر للإدارة مانحة الالتزام ، حيث إن استرداد المرفق قبل مدته إنما يعنى عودة إلى الأصل العام والذى يقضى بأن الإدارة هــى الــتى تقوم بإدارة المرفق بنفسها . وهو حق أصيل لها حتى ولو لم ينص عليه فى وثيقة الالتزام .

وتــنص المادة ٤ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » .

ويترتب على استرداد الإدارة للمرفق قبل انتهاء مدته ما يلى :

- حق الملتزم فى الحصول على التعويضات المناسبة .
- رجــوع المرفق إلى الإدارة مانحة الالتزام خالية من الالتزامات قبل الغير ما لم تقبل الإدارة صراحة أن تحل محل الملتزم فى ذلك .

ثانياً : حقوق الملتزم :

للملتزم فى عقد الالتزام حقوقا تتمثل فيما يلى :

١- حق اقتضاء مقابل :

ويعتبر هذا الحق أساسياً بالنسبة للملتزم فهو يقوم مقام الإدارة في إنشاء أو تسيير المرفق العام مقابل أن يقتضي هذا المقابل .

وللملتزم أن يحدد المقابل الذي يحصل عليه من المنتفعين على أنه يجب ألا يغالي في ذلك وإلا كان للجهة مانحة الالتزام إن ترد هذا المقابل إلى حدوده المعقولة .

وضماناً لعدم التجاوز نصت المادة الثالثة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال .

٢- حق الحصول على المزايا التي يقررها مانح الالتزام :

للملتزم أن يحصل على المزايا التي تقررها الجهة مانحة الالتزام ، وتدخل هذه المزايا في إطار الشروط التعاقدية التي يجب أن يتفق عليها بين الملتزم والجهة مانحة الالتزام . وهذه المزايا قد تكون مالية تتعلق بتقديم قروض أو تسهيلات مالية أو تقديم قطعة أرض إليه لبناء المرفق أو التزام الجهة مانحة الالتزام بعدم التعاقد مع غيره في نطاق عمل المرفق . وهذه المزايا هي مزايا اتفاقية بين الطرفين لا يستطيع الملتزم أن يزيدها أو يغيرها من تلقاء نفسه .

٣- حق الملتزم في ضمان التوازن المالي للعقد :

إن استخدام الإدارة مانحة الالتزام في تعديل وتغيير بنود عقد الالتزام كما هو مقرر لها قد يترتب عليه إلحاق إضرار بالملتزم ، فإنه يبقى

على الإدارة أن تجبر هذه الأضرار بما يؤدى إلى ضمان التوازن المالى لعقد الالتزام بين حقوق الملتزم وواجباته وفى ذلك ضمان للمصلحة العامة لأن به يستطيع الملتزم أن يفى بالتزاماته فى تقديم الخدمة إلى المنتفعين .

ثالثاً : حقوق المنتفعين فى عقد الالتزام :

قد تكون حقوق المنتفعين الناشئة عن عقد الالتزام فى مواجهة الإدارة أو فى مواجهة الملتزم .

ففى مواجهة الإدارة : تلتزم الإدارة بأن تراقب حسن سير المرفق وقدرة الملتزم على إدارته والتزامه بالقواعد الحاكمة فى نشاط المرافق العامة أهمها المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق وعدم المغالاة فى أسعار الخدمات التى يؤديها المرفق تحت إدارة الملتزم . فلا يجوز أن تعهد الإدارة إلى الملتزم بإدارة المرفق ثم تتركه دون رقابة . فهذه الرقابة هى التى تضمن استفادة الجمهور بخدمات المرفق .

أما فى مواجهة الملتزم : فإن أولى هذه الحقوق أن يؤدى إلى المنتفعين الخدمة حسب ما تنص عليه شروط العقد المبرم بينه وبين الجهة مانحة الالتزام . وهو الأمر الذى تنص عليه المادة ٦٦٩ من القانون المدنى «ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين» .

المطلب الخامس

التطور الحديث لعقود الالتزام

إزدادت أهمية العقود الإدارية في العصر الحديث سواء على المستوى الداخلي نظراً لاتجاه الدولة إلى الاقتصاد الحر والاعتماد أساساً على القطاع الخاص . ففي ظل هذا النظام بدت بعض العقود الإدارية أسلوبا للخصخصة . فعوضا عن بيع وحدات قطاع الأعمال العام فإن الدولة تستطيع عن طريق عقد الالتزام وغيره من عقود الخدمات أن تعهد بإدارتها إلى القطاع الخاص وفقا لنظام يتفق عليه أطراف العقد . هذا فضلاً عن وظيفة العقد الأساسية والتي عن طريقه يكون للإدارة أن تتعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية .

وعلى المستوى الدولي : فإن إتجاه النظام الدولي إلى العولمة وتحرير التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بين الدول المختلفة . بدا معه العقد الوسيلة الأساسية لذلك واهتمت لجان الأمم المتحدة في إطار مشروعات قوانين نموذجية تدعو الدول للأخذ بها وذلك للتقريب بين النظم القانونية المختلفة حتى تضمن هذه الآليات تشجيع الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال بين دول العالم وفي هذا الإطار نشأت صور جديدة وأنظمة قانونية حديثة مثل التحكيم والبوت وعقود الفيدك وغيرها .

هذه الآليات الحديثة أصبح الأخذ بها ضرورة إذ أنها أصبحت آلية مهمة من آليات الاستثمار الأجنبي ونقل التكنولوجيا بين الدول . وعقود البناء

والتشــغيل ونقــل الملكية B.O.T أحد هذه الآليات ؛ وهى تعنى أن شركة المشــروع تقوم ببناء مرفق عام وتشغيله مدة العقد ثم بعد ذلك تنقل ملكيته إلــى الدولــة المضيفة . وهى فكرة ليست جديدة تماما فقد كان أول تطبيق لهــذه العقــود مــنذ ما يزيد عن قرن من الزمان يتمثل فى عقد التزام قناة السويس وقد أبرم لتسعة وتسعين عاماً .

وإذا كــان لعقــود البوت منافعها الاقتصادية فإن لها أيضا مخاوفها ومخاطــرها سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية السياسية . ويبقى فــى نهاية الأمر تحقق هذه المنافع أو توقى هذه المخاوف مرتبط بضرورة ضبط اللجوء إلى هذه الوسيلة .

وتأتى هذه الدراسة فى ظل تطبيقات متزايدة لعقود البناء والتشغيل ونقــل الملكــية B.O.T فى مصر فى مجالات عديدة تشكل مفاصل رئيسية للاقتصــاد القومـــى مــثل المطــارات ومحطــات المياه والصرف الصحى والكهرباء والبترول والطرق وغير ذلك .

الأمر الذى يؤكد أهمية الدراسة وضرورتها .

وســوف نلقــى الضــوء علــى بعــض جوانب هذا النظام وبعض التطبيقات التى حدثت فى مصر عبر النقاط الآتيـــة :

أولاً : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

ثانياً : أشكال عقود البوت .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البوت .

رابعاً : عقود البوت بين المنافع والمخاوف .

خامساً : غياب التنظيم التشريعى الشامل لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية واللجوء إلى المعالجة الجزئية .

أولاً : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية .B.O.T

تمثل عقود البوت B.O.T ، بتفريعاتها الكثيرة أطواراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية . وقد تكون بعض هذه الصور عرفت قديما – كما سوف يتضح لنا فيما بعد – إلا أنه من الملاحظ أن هذه العقود قد تعددت صورها فضلاً عن كثافة اللجوء إليها وهو أمر فرضه الواقع . ولذلك يبقى مهماً تحديد ماهية هذه العقود سواء بتعريفها أم بتحديد أهم صورها ، وكذلك تحديد طبيعتها القانونية ، وما يترتب عليها من منافع للدولة المضيفة وما يرتبط بها من مخاوف . ثم بعد ذلك ينبغي تحديد الإطار القانوني لعقود البوت .

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيةاله B.O.T

يقصد بمشروعات البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع) ؛ وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية .

واصطلاح البوت B.O.T هو اختصار لكلمات إنجليزية ثلاث : البناء Build والتشغيل operate ونقل الملكية Transfer . وعرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الانسترال) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ، ويدعى شركة المشروع امتيازا لتنفيذ مشروع معين ، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل

المشروع واستغلاله تجارياً ، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة[1] .

وتتبدى المميزات الأساسية لنظام عقود البناء والتشغيل ثم إعادة الملكية B.O.T في أنه يقدم حلاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها . أو تحميل الموازنة العامة مزيداً من الأعباء .

وفضلاً عن ذلك ، فإن هذا النظام يمكن الحكومة أو الجهة الإدارية من تقديم خدمة أساسية للمواطن بإنشاء المرافق العامة .

وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وجدت مجالات عديدة أهمها[2]:

١- مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساساً ، من أمثلة ذلك المطارات ومشروعات الطرق والكباري ومحطات الكهرباء .

---

(١) جمال الدين نصار : تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت – ٢٠٠٠ – ص ١٠ ؛ محمد أبو العينين : انتشار الاتجاه إلى اقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر – مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – القاهرة ١٤-١٦ نوفمبر ١٩٩٩ ص ٣ ؛ محمد متولي : التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتمويل B.O.T بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتمويل B.O.T . تحرير محمد متولي – الجزء الأول – ٢٠٠١ ص ٥ .

(٢) محمد محمد بدران : نحو آفاق جديدة للخصخصة – مذكرات لطلبة دبلوم العلوم الإدارية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٩ – ص ٣ .

٢ - المجمعــات الصناعية : حيث يعهد إلى القطاع الخاص بإنشاء هــذه المجمعات وإدارتها ثم إعادتها بعد انتهاء مدة العقد إلى الدولة . على أنــه مــن الملاحظ أن القطاع الخاص لا يقبل على مثل هذه المشروعات . بنظام البوت B.O.T .

٣ - استغلال واستصــلاح الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة كإقامــة مشــروعات التنمية العمرانية أو استصلاح الأراضى الزراعية أو إقامة مشروعات رى أو غير ذلك .

علــى أنــه يلاحظ أن المجال الرئيسى الذى طبقت فيه عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو إنشاء المرافق العامة مثل إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات المياه .

وإذا كــان نظــام البوت B.O.T ومشتقاته قد ارتبط ظهوره بهذه الكــثافة مــع اتجــاه اقتصاديات دول العالم المختلفة - ومنها مصر - إلى الاقتصــاد الحــر ، والاتجاه نحو خصخصة القطاع العام . فإنه ليس نظاماً جديــداً تماماً ، وإنما هو نظام قديم ترجع نشأته إلى منتصف القرن التاسع عشــر وأوائــل القــرن العشــرين[1] فقد نشأت فى فرنسا على شكل عقود امتياز المياه (بيريه اخوان) . وفى مصر كان مشروع قناة السويس وبلغت مدتــه تســعاً وتســعين سنة وهو يعد أول مشروع بوت فى مصر ، وتبعه مشــروعات أخرى كثيرة مثل شركة ليبون للغاز ، وشركة سكك حديد الدلتا الضــيقة وشــركة مصــر الجديــدة وواحات عين شمس ، وشركة المقطم والمنــتزه وشركة ماركونى للراديو والتليفونات وشركة الترام والاتوبيس ،

---

(١) خــالد بــن محمــد عبدالله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ص ٤ .

وشركة كافورى للنقل فى الدلتا وشركة ترام الاسكندرية وشركة أبو رجيلة للنقل العام بالقاهرة[١] .

وعقـد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتبر فى حقيقته مجموعة من العقود المركبة أى أن العقد يتضمن فى داخله حزمة من التعاقدات المختلفة والمـتعددة الأطراف . وحتى يمكننا فهم طبيعته القانونية فإننا سوف نلقى الضوء على طرفيْ هذا العقد ..وهما الجهة الإدارية وشركة المشروع .

الجهة الإدارية :

فالطـرف الأول فى عقد البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو الجهة الإدارية وهى الحكومة أو إحدى الوحدات التابعة لها . ورغم وضوح معنى الجهـة الإدارية التى تكون طرفاً فى العقد فإن الأمر يستدعى توضيح بعض الأمور كما يلى[٢] :

١ – إن مفهـوم الإدارة الـتى يسـتلزم أن ، تكون طرفا فى العقد الإدارى يشـمل الأشـخاص المعنوية العامة ، وهى إما أشخاص إقليمية أى تحـدد على أساس إقليمى ، كالدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء وإما أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيـئات العامـة وإمـا أشخاص عامة مهنية كالنقابات والتى اعترف لها القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر بالشخصية المعنوية .

٢ – تكـون الجهة الإدارية – بالوصف السابق – طرفاً فى العقد إذا

---

(١) محمـود محمـد فهمـى : عقود الـ B.O.T وتكييفها القانونى – مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية – B.O.T – القاهرة – ٢٧، ٢٨ يناير – ٢٠٠١ – ص٣.

(٢) جابـر جاد نصار : الوجيز فى العقود الإدارية – ٢٠٠٠ – دار النهضة العربية – ص ١٨ .

أبـرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحســاب شخص معنوى عام . ففي مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكـيلا عن الإدارة يتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها في إبرام العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه . وعلى الرغم من استقرار القضاء الإدارى في مصر وفرنسا على ذلك ، تطبيقاً للقواعد العامة فـى الوكالـة فإن تصور حدوث هذا الفرض يكون صعبا ؛ وذلك راجع إلى تعقد الاتفاقات المتعلقة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية .

علـى أن التســاؤل الذى يطرح نفسه فى هذا المقام هو هل يجوز الالتجاء إلى نظام البوت B.O.T لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص؟ بمعنى أن الجهة الإدارية لا تكون طرفاً فى العقد .

يذهــب البعض[١] – بحق – إلى أنه ليس هناك فى المنطق القانونى ما يمنع حدوث ذلك ؛ كأن يلجأ أحد النوادى أو إحدى الجمعيات الخاصة أو شركة من شركات القطاع الخاص إلى إبرام عقد بوت . ذلك أن هذه العقود هــى عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية احتياجات هذه الجهات أو الشــركات . علــى أن هذا العقد يكون فى كل أحواله عقداً مدنيا يخضع فى أحكامه لما اتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدنى .

٢- شركة المشروع :

تعتــبر شــركة المشــروع الطرف الرئيسى الثانى فى عقود البناء والتشــغيل ونقــل الملكية ، وهى التى تلتزم بأن تبنى وتشغل وتنقل ملكية المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبحالة جيدة .

---

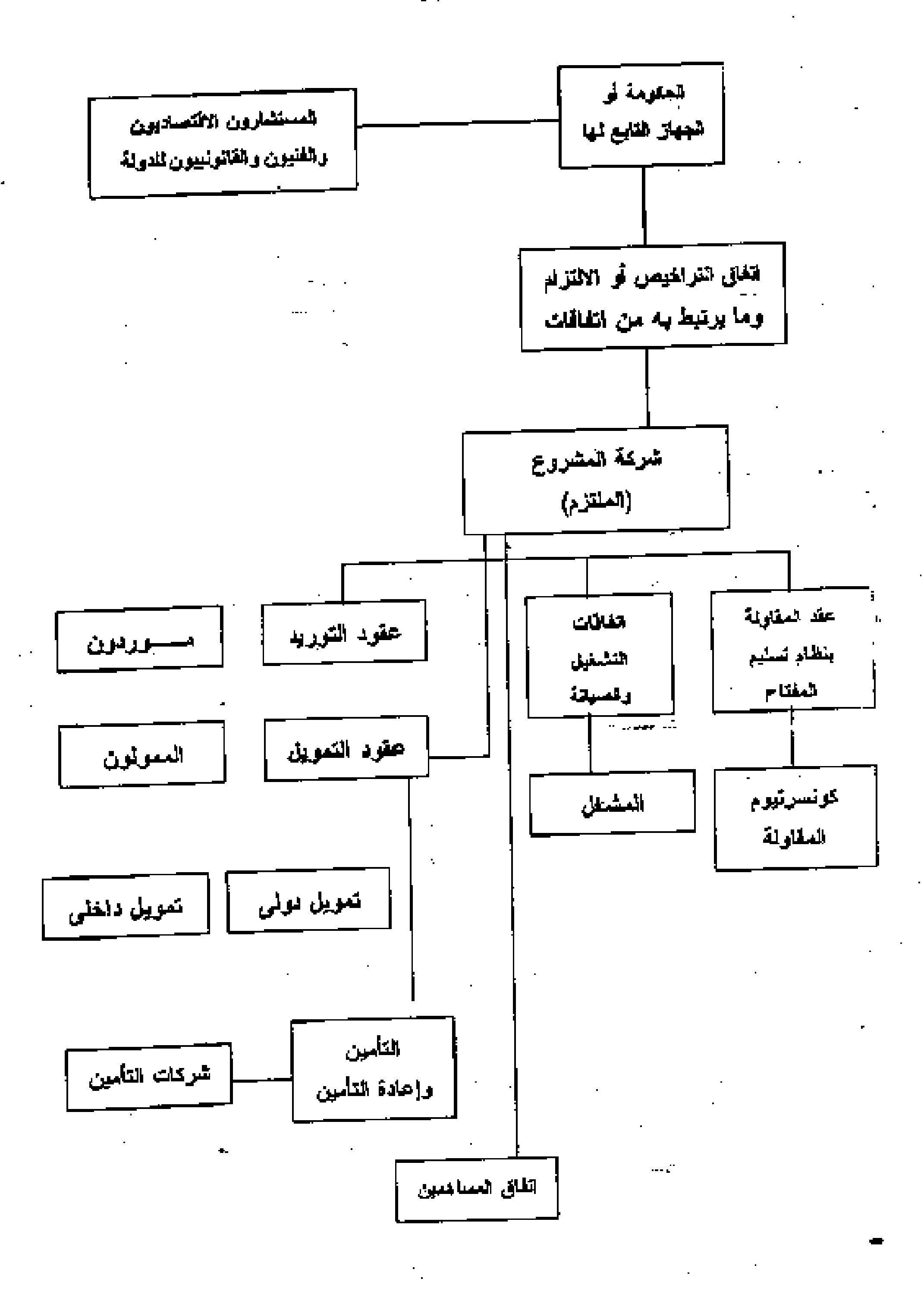
(١) محمود فهمى: عقود الـ B.O.T وتكييفها القانونى – المرجع السابق – ص ٢.

على أن ذلك يتم عادة عبر شبكة أو سلسلة من التعاقدات التى تبرم فى إطار العقد الرئيسى وبين متعاقدين آخرين. ويعتمد نجاح عقد البوت فى تحقـيق هدفـه على ترابط هذه العقود وعدم تعارضها ؛ فلكل عقد من هذه العقـود دور يؤديـه ومـتعاقد يؤدى هذا الدور حسب ما ينص عليه العقد الرئيسى والتعاقدات اللاحقة به ومن ذلك بالإضافة إلى شركة المشروع التى أسسـها المسـتثمرون والتى تلتزم أساساً بالبناء والتشغيل ونقل الملكية ، الاستشـارى الـذى يجـرى دراسات الجدوى والمقاول الذى يتولى تصميم وإنشـاء الأعمـال ، والمهـندس الذى يقوم بالإشراف على إنشاء الأعمال ومـورد المعـدات ومورد الوقود والكهرباء وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعـة البـنوك التى تقوم بتوفير التمويل اللازم وغير ذلك . وفى هذا الـنطاق قـد تتعارض المصالح بين هذه الأطراف إلا أنه يبقى ضرورة أن تعمـل هـذه الـتعاقدات الجانبـية نحو تحقيق هدف العقد الأصلى هو بناء المرفق وتشغيله ثم نقل ملكيته مرة أخرى ، إلى الجهة الإدارية .

وقد رصد البعض[1] العلاقات المتشابكة والمرتبطة بتنفيذ مشروعات البوت كما يلى :

---

(١) هـانى صلاح سرى الدين : الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التى يتم تمويلهـا عـن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل فى مصر – مجلة القانون والاقتصاد – العدد ٦٩ – ١٩٩٩ – ص ١٧٤ .



الحكومة أو
الجهاز التابع لها
المستشارون الاقتصاديون
والفنيون والقانونيون للدولة
اتفاق التراخيص أو الالتزام
وما يرتبط به من اتفاقات
شركة المشروع
(الملتزم)
عقد المقاولة
بنظام تسليم
المفتاح
اتفاقات
التشغيل
والصيانة
عقود التوريد
مـــوردون
عقود التمويل
الممولون
كونسرتيوم
المقاولة
المشغل
تمويل دولي
تمويل داخلي
التأمين
وإعادة التأمين
شركات التأمين
اتفاق المساهمين

الخلفية الاقتصادية لنظام البوت :

ارتبط انتشار وذيوع عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية B.O.T مع اتجاه الدولة نحو الخصخصة والتخلص من وحدات القطاع العام والحد من دور الدولة فى النشاط الاقتصادى ، وضرورة تطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية . ويعتبر نظام البوت B.O.T أهم هذه الآليات التى لاقت قبولا وتأييداً ومساندة من قبل البنك الدولى كاستراتيجية لزيادة الكفاءة من ناحية وخفض الأعباء عن الموازنة العامة ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى[1] .

وعلى ذلك فإن هذه العقود إنما يرجع ظهورها أساساً إلى فكرة اقتصادية باعتبارها آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية[2] . على أن اللجوء إليها فى إقامة مشروعات البنية الأساسية لا يرتبط بالدول النامية التى تعانى من اضطراب فى موازنتها العامة . وإنما هو أيضاً وسيلة تلجأ إليها الدول الصناعية الكبرى نظراً لمزاياه الاقتصادية الكثيرة؛ فهو يوفر أساليب تمويلية جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية . كما أنه يؤدى إلى تخفيض الإنفاق الحكومى ويساعد الدولة على توجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية .

---

(١) رشدى صالح عبدالفتاح صالح : دور البنوك فى تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت B.O.T بحث منشور فى كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – والتشغيل – التمويل ، تحرير محمد متولى – ٢٠٠١ – ص ١٢٢ .

(٢) سامى عبدالباقى أبو صالح : البنيان التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T بحث مقدم إلى الدورة التدريبية بمركز البحوث والدراسات الإدارية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٣ ، ١٤ اكتوبر ٢٠٠١ .

ولذلــك فإن الكثيرين يعتبرون عقود الــ B.O.T أسلوبا ووسيلة لتمويل مشروعات البنية الأساسية فى الدولة .

ثانياً : أشكال عقود البوت

عقــود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلاً واحداً وإنما تتعدد صورها وتتباين .

فعــلاوة علــى الصــورة الرئيسية التى تعنى البناء والتشغيل ونقل الملكــية ، فــإن الواقع العملى أفرز صوراً جديدة ومغايرة في بعض أو كل العناصر التى يتكون منها العقد . ومن هذه الصور :

١- البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T :

وفى إطار هذا العقد فإن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وإدارتــه وتشغيله طوال مدة العقد . وتختلف هذه الصورة عن صورة الــ B.O.T فــى أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد. ويذهب البعض إلــى عــدم الــتفرقة بين الصورتين B.O.T و B.O.O.T بينما يميز آخــرون بيــنهما علــى اعتبار أن الفرق الأساسى فى ذلك يكمن فى ملكية المشــروع وقــت إنشــائه وتشــغيله ، ففى حين تكون هذه الملكية لشركة المشــروع فــى عقد الــ B.O.O.T ثم ينقلها مرة أخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز . فإنها تكون للجهة الإدارية فى عقد الــ B.O.T ذلك أن المشروع يبنى لحسابها[1] .

---

(١) محمد بهجت قايد : إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكــية (نظــام الــ B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الــ B.O.O.T) – دار النهضة العربية – ص ٩ .

٢- البناء والتملك والتشغيل B.O.T :

وفـــى هــذه الصـــورة فــإن شركة المشروع تقوم ببناء المشروع وتملكه وتشغيله وتلتزم بأن تحول ملكيته مرة أخرى إلى الحكومة .

٣- البناء والإيجار ونقل الملكية Build Lease Transfer (BLT):

وفى هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقــد ثـــم تأجره إلى الجهة الحكومية التى تقوم إما بتشغيله بنفسها وإما بتشغيله عن طريق آخرين .

٤- الايجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية :

Lease Renwal Operate Transfer (L B.O.T) :

وفى هذه الصورة تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهـــة الحكومية ثم تجدده وتحدثه وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية بصورته الحديثة دون مقابل .

٥- البناء ونقل الملكية والتشغيل : Buld Transfer Operate B.T.O

فى هذه الصورة تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وتتكفل بتمويله ثـــم تعهــد بتشـــغيله إلـــى القطـــاع الخاص . وهى صورة من صور إدارة المشروعات العامة وأهم مجالاتها الفنادق والمشروعات السياحية . وتعتبر هذه الصورة عقداً من عقود الخدمات .

ويتضـــح مما سبق أن هذه الصور تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقـــل الملكية فضلاً عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير . وهى تقوم فى مجملهـــا علـــى فكـــرة أساسية ؛ وهى أن يتحمل القطاع الخاص أو شركة المشـــروع عبء التمويل سواء تعلق الأمر بتجديد المرفق وتشغيله أم تعلق بإنشائه وتشغيله ، وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

علـــى الـــرغم من أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية **B.O.T** بـــتفريعاتها المخـــتلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة ، وعلى الرغم من أن كثيراً من الفقهاء يسلم بأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـــيس حديثاً ، وإنما معروف ومطبق من منتصف القرن التاسع عشر ومن ذلـــك عقد التزام قناة السويس في مصر . فإن شيوع تطبيق هذه العقود في الـــربع الأخـــير من القرن العشرين أدى بالبعض إلى التشكك في طبيعة هذه العقود . وسوف نتناول هذه الآراء بالتفصيل :

الرأى الأول : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى تنظيم :

بمعـــنى أن عقـــد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس اتفاقاً أو عقداً وإنمـــا هو تنظيم اقتصادى يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة[1] . بل إن هذه الأطراف قد تتعارض مصالحها .

ومـــا مـــن شـــك في أن هذا الرأى محل نظر ؛ إذ أنه ينكر الطبيعة الاتفاقـــية لعقـــود البـــناء والتشغيل ونقل الملكية . ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التى قد تتعارض فيها مصالح أطرافها . وهذا غير صحيح حيث إن هذه الاتفاقات الفرعـــية إنمـــا ترتـــبط في وجودها بالعقد الرئيسى بين جهة الإدارة وبين شـــركة المشـــروع . أما العقود الأخرى التى تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهى لا تؤثر في طبيعته والتى يمكن أن تكون عقود التزام أو عقود إشغال أو عقود توريد أو عقوداً تتعلق بالتمويل، وقد تكون عقوداً إدارية أو مدنية حسب الأحوال.

---

(١) هانى سرى الدين : الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية ،، – مجلة القانون والاقتصاد – المرجع السابق – ص ٥ .

الرأى الثانى : الطبيعة الخاصة لعقود البوت :

ذهب البعض إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى من عقود الإدارة العادية التى تخضع منازعاتها للقانون الخاص . ذلك أن هذه العقود شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية . فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للمتعاقد شأنها فى ذلك شأن الأفراد العاديين[1] . فمثل هذه العقود لا تقبل تميز الإدارة بالسلطات التى تميزها فى العقود الإدارية ويترتب على ذلك أن العقود التى تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البوت هى عقود تتعاقد فيها الإدارة باسلوب القانون الخاص . ولا تستطيع الدولة أو أحدى الهيئات التابعة لها أن تضمن هذا العقد شروطاً استثنائية . فإذا كانت الدولة أو الجهة الإدارية التابعة لها تستطيع أن تضمن عقودها فى الداخل أساليب القانون العام التى تقوم على تمييز جهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التى طرفها أجنبى على اعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافى . ومن ثم يجب أن تقف موقف المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً[2] .

وقد ذهب البعض إلى أن عقود البوت يمكن أن تكون عقود التزام إدارية تخضع لقواعد القانون الإدارى فى فرنسا أما فى مصر فإن هذا العقد يعتبر عقداً مدنيا يخضع لقواعد القانون المدنى وليس عقداً إدارياً . على سند من القول مرده اختلاف المعيار المميز للعقد الإدارى فى القضاء

---

(1) Well (P.) : Droit international public et Droit Administratif , Melanges , trotabas, p. 527 .

(2) Le Boulanger (ph) : les contrats enter Etats et éntreprises étrangers, Ed, Economica 1985 p.229 .

الإدارى فـــى مصـــر عنه فى فرنسا . ففى حين يشترط القضاء الإدارى فى مصـــر توافـــر معايير ثلاثة لذلك ، وهى : أن تكون الإدارة طرفا فيه ، وأن يتضمـــن شـــروطاً غير مألوفة ، وأن يتصل بنشاط مرفق عام . فإن مجلس الدولـــة الفرنســـى يكتفى بأحد هذه العناصر ، لإصباغ الصفة الإدارية على العقـــد الإدارى . ولمـــا كانت هذه العقود لا تتضمن شروطا استثنائية ، فإن العقـــد يكـــون مدنيا فى مصر وإداريا فى فرنسا نظراً لاتصاله بنشاط مرفق عام أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفا فيه[١] .

وفـــى الحقيقة نرى أن هذا الرأى ينطلق من جوانب خاطئة . فليس صـــحيحاً ارتباط الشروط غير المألوفة التى تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ ســـيادة الدولة . فهذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام . فضلاً عن أنها لا تتضمن فى كل الأحوال تمييزاً لجهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد وإنما تضمن للمتعاقد معها حقوقاً أكثر مما يتضمنها العقد العادى.

وفضـــلا عن ذلك فإن العقود الإدارية تضمن تقييد حرية الإدارة فى اختـــيار المتعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية لـــلإدارة Restriction de la liberte contractuelle . ممـــا يعـــنى تحقيق حرية المنافسة بين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة[٢].

أمـــا القـــول بأن عقود البوت **B.O.T** هى عقود مدنية فى مصر

---

(1) ABDEI BAKI (Samy) : les projets internationaux de Construction menés selon la Formule B.O.T (Build, operate, Transfer) Thése , 2000, paris . pp. 262 - 266 .

(٢) فـــى ذلــك راجـــع مؤلفـــنا : المناقصات العامة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة اليونسترال – دراسة مقارنة – الطبعة الثانية - ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ٧ .

نظـــراً لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية ، ومن ثم يتخلف بشأنها أحد العناصـــر المميزة للعقد الإدارى ، مردود بأن عقد التزام المرافق العامة هو عقـــد إدارى بطبيعته ، أى أنه عقد إدارى بمجرد أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتصـــل بنشاط مرفق عام . لأنه حين تعهد جهة الإدارة لفرد أو شركة بـــإدارة وتشـــغيل مرفق عام ، ومن باب أولى إنشائه يعتبر أمراً استثنائياً يثبت به للعقد صفته الإدارية[١] .

الرأى الثالث : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى عقود التزام مرافق عامة :

يذهـــب هـــذا الرأى إلى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T هـــى عقـــود الـــتزام مـــرافق عامة[٢] . وما من شك فى أن عقد الالـــتزام يعتبر أهم العقود الإدارية . وهو عقد إدارى بطبيعته أى أنه يكون إدارياً فى كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام. وإذا كانـــت الصـــورة التقليدية لعقد الالتزام اعتباره أسلوباً لإدارة المرافق العامة ، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلـــى الملتزم . فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم - بداءة - بإنشاء المرفق

---

(١) DE FORGES (Jean michel) droit administratif , 5e édition - P.U.F - 1994, p 70 .

(٢) محمود محمد فهمى: عقود البوت وتكييفها القانونى - المرجع السابق - ص ٤.
Lalive (P.): les contrats enter Etats et entreprises priveer etrangeres, Rapport unidroit , Rome , Sept . 1976, p. 185 .
عبدالرحيم محمد سعيد : النظام القانونى لعقود البترول - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ص ٢٠٣ .

وانظـــر أيضاً : حسن مصطفى فتحى : الجوانب القانونية الأساسية فى نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى مركز التحكيم بكلية الحقوق - جامعة عين شمس - نوفمبر ٢٠٠٠ - ص ٥ .

وتشغيله مدة العقد ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية . وهو الأمر الذى كـان علـيه عقد التزام قناة السويس ولم يمار أحد فى طبيعته . ومن ذلك أيضاً عقود البترول .

وقـد عرفت محكمة القضاء الإدارى عقد الالتزام فى حكمها بتاريخ ٢٥ مـارس ١٩٥٦ بـأن « ... التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يـتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالـية بتكلـيف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التى توضـع له بـأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح .

فالالـتزام عقـد إدارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين .. » [١] .

عقود البوت B.o.T بين المنافع والمخاوف :

تبدى أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة فى كونها تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقامة فيه . وبذلك يكون أكثر قدرة على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية[٢] .

وعقود البوت تهدف لتحقيق أمرين يتمثل الأول فى تطوير وتوسيع

---

(١) حكـم محكمة القضاء الإدارى : فى ٢٥ مارس - ١٩٥٦ - مجموعة المبادئ - السنة العاشرة - ص ٢٥٩ .

(٢) محسن أحمد الخضيرى : عمليات الـ B.O.T الأسس - القواعد - الاتجاهات . بحـث منشور فى محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T - المرجع السابق - ص ٧٤ .

وتحســـين أداء المرافق العامة القائمة . أما الثانى فيهدف إلى إنشاء مرافق جديـــدة بـــتمويل من القطاع الخاص . وهو فى هذا المجال وذاك يؤدى إلى تحسين ظروف عمل الاقتصاد فى دولة ما . وسوف نعرض أهم هذه المميزات .

١- تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة :

ففـــى ظـــل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هـــذه المـــرافق وتحمل مخاطر التمويل بها مما يؤدى إلى أن تتفرغ الدولة للمشـــروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية . وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانـــت شـــركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما يعنى إدخال استثمارات جديدة وتمويـــل خـــارجي الأمر الذى يؤدى إلى تحسين ميزان المدفوعات وخفض العجز فى الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي.

٢- إقامة مشروعات ومرافق جديدة :

فهذه العقود تؤدى إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة . مما يؤدى إلـــى إتاحـــة مـــزيد من فرص العمل ، وضخ أموال جديدة إلى السوق مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة ، فضلاً عن كونها تؤدى إلى خلق قـــاعدة صـــناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الأنفاق أو غير ذلك من المشروعات التى تتم عبر هذه العقود .

٣- توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية :

ذلـــك أن هـــذه العقود توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية[١] ، فالقطاع الخاص الذى يضطلع بإنشاء وتشغيل المرفق لـــه مصـــلحة محققـــة فـــى استخدام هذه التكنولوجيا سواء فى الإنشاء أو

---

(١) هـــانى سرى الدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية – المرجع السابق – ص ١٨٧ .

التشغيل . وتحديثها بصفة مستمرة .

فضلا عن ذلك فإنه ينقل مخاطر تمويل إنشاء هذه المرافق أو تحسين ظروف العمل بها إلى القطاع الخاص مما يخفف العبء عن موازنة الدولة المحدودة الموارد ، كما أنها تغنى عن لجوء الدولة إلى الاقتراض الخارجي وما يترتب عليه من اختلالات فى الموازنة العامة وأعباء خدمة هذه الديون .

٤- استفادة الحكومات من خبرة القطاع الخاص فى تقديم الخدمة العامة :

فالإدارة الخاصة دائما أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية . مما يحسن من أداء هذه الخدمات ، وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين .

على أن هذه المميزات - فى كثير من الأحيان - قد لا تتحقق . فقد كشفت كثير من التجارب العملية أن الأخذ بنظام البوت قد مثل عبءً اقتصاديا على الدولة المضيفة فى كثير من التجارب لأسباب كثيرة ومنها[1] :

١ - لجوء المستثمر سواء أكان أجنبيا أم محليا إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلى لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج . مما يؤدى إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة فى السوق الداخلى ، الأمر الذى يؤدى إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية .

---

(١) حمدى عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق - بحث منشور فى محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية - المرجع السابق ص ١١٦ .

وهـو الأمـر الـذى حدث عند تنفيذ عقد B.O.T بإنشاء محطتى كهرباء سيدى كرير . حيث حصلت شركة المشروع من أحد البنوك الوطنية علـى قـرض قـدره ١٧٢ مليون دولار بدلا من تحويل هذه الأموال من الخارج[1] .

٢- إن المميزات الاقتصـادية التي يهدف إلى تحقيقها عقد البوت B.O.T قـد يصـعب تحقـيقها نظـراً لزيادة أعباء الاستيراد من الخارج وتحويـل المستثمر الأجنبى للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج دون أى قـيود تلـزمه باستثمار جزء من هذه الأموال فى الدولة المضيفة ، مما يؤدى إلى اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على مقدار السيولة فى السوق المحلية .

٣- الإفـراط فـى منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد ، ومن ذلك الـتزام الدولـة بشراء الخدمة وضمان الحكومة لسداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمـة . وغالـبا مـا يكـون هذا السعر مرتفعا جداً حتى تستطيع شركة المشروع استرداد ما أنفقته وما تبتغيه من ربح . ويكون هذا السعر بالعملة

---

(١) وهـو الأمـر الـذى دعا رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فى عقود — B.O.T وقـال فـى ذلـك : « إن الأعـباء التى تتحملها مصر نتيجة قيام هذه المشروعات كبيرة لأنه بعد فترة يتم تحويل مكاسبها إلى الخارج وبالعملة الصعبة»
جريدة الأهرام ٢٠٠١/١١/١٢ العدد ٤١٩٧٩ السنة ١٢٦ الصفحة الأولى
وأعاد هذا التحذير مرة أخرى فى جريدة الأهرام فى ٢٠٠١/١١/١٥ ضاربا المثل بما حدث فى محطتى كهرباء سيدى كرير . إذ قال « يجب الا يأتى أحد ويعمل نظام B.O.T كمـا حـدث فـى الشـركة التى عملت محطة كهرباء فى سيدى كرير واقترضـت أمـوالاً بالعملة الصعبة من البنوك المصرية . فماذا فعلت إذن ؟! لقد ضغطت على ماالدينا من عملة صعبة .. » .

الأجنبية التى تقوم شركة المشروع بتحويله إلى الخارج عن طريق حسابات لها فى البنوك الأجنبية وهى حسابات تخرج عن رقابة البنوك المركزية فى الدول المضيفة .

وفى عقود التزامات الطرق السريعة التى طرحتها الحكومة المصرية بنظام الـ B.O.T احتوت العروض على تمليك الملتزم مساحات شاسعة من الأراضى التى تقع على جوانب هذه الطرق . وهو أمر قد يتجاوز قيمة هذه العقود لا سيما إذا أبرمت لمدد طويلة من الزمن.

٤- ارتباط عقود البوت بالاحتكار فشركة المشروع تشترط ذلك حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها ؛ حتى تستطيع أن تسترد ما أنفقته من أموال . ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار ، فان الدولة المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التى يقدمها المشروع كما يحدث فى محطات الكهرباء أو تضمن حداً أدنى من التشغيل كما يحدث فى المطارات أو الطرق.

٥- ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج . وعلى سبيل المثال ؛ فإنه فى قطاع الكهرباء تم التعاقد على إنشاء وتشغيل محطات كهرباء كما يلى :-

- مشروع محطة توليد سيدى كرير بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه فى ١٩٩٨/٧/٢٢ وبسعر شراء ٢,٥٤ سنت/كيلو وات ساعة.

- مشروع محطة توليد خليج السويس بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه فى ١٩٩٩/١٠/٣ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة .

- مشـــروع محطـــة توليد شرق بور سعيد بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه في ٣/١٠/١٩٩٩ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة[١] .

ومــن الملاحظ ارتفاع أسعار أول محطة والتي تم التعاقد عليها قبل المحطتيــن الأخيرتيــن بسنة على الأقل . على الرغم من أن المنطق يقضى بــأن الأسعار ترتفع ولا تنخفض - وإذا علمنا أن كل سنت في سعر الكيلو وات ســاعة يكلــف الدولــة سنويا أربعين مليون دولار[٢] . ففي مثل هذه الحالة تصبح لهذه الأسعار والفروق فيها دلالتها الخطيرة .

ويــتعاظم هذا الانتقاد وتصل خطورته مدى أوسع إذا كان المستثمر (شــركة المشــروع) يقــوم بــتحويل جمــيع أرباحه إلى الخارج ولا يلتزم باســتثمار أى جــزء من هذه الأرباح فى الدولة المضيفة كما هو حادث فى أغلــب عقود البوت التى أبرمتها الحكومة المصرية[٣] . وهى حسابات تفتح خــارج حــدود الدولــة التى ينفذ فيها المشروع والتى يطلق عليها OFF Shore ويــتم فــيها تحويــل الأرباح إلى الخارج مباشرة حتى تكون هذه الحســابات بمــنأى عــن أية إجراءات اقتصادية أو سياسية تتخذ من قبل

---

(١) معتز كامل مرسى : « تقرير » بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام الــ B.O.T - المرجع السابق ص ٨ .

(٢) المرجع السابق : ص ٧ .

(٣) فــى الــتجربة المصرية فى مجال إنشاء المطارات بنظام B.O.T . راجع تقرير : مجدى موريس نخلة - مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية - القاهرة ٢٧ - ٢٨ يناير ٢٠٠١ .

سلطات الدولة المضيفة[1] .مع التزام صارم من السلطات الوطنية فى الدولة المضيفة بتحويل هذه الأموال حسب العملة الأجنبية أيا كانت قيمتها وفى أى وقت تشاء شركة المشروع .

٦- إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لمدد طويلة ، قد تصل إلـــى تســـع وتســـعين سنة حسب التعديلات التشريعية الحديثة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ . وهو أمر شديد الخطورة ، إذ أن عقداً يعقد لهذه المدة الطويلـــة مـــن الزمن يقيد أجيالاً من بعدها أجيال ، ثم إنه قد يرتب أوضاعاً سياســـية واقتصـــادية يصـــعب التعامل معها فيما بعد ، ومثال ذلك ما حدث لمصـــر مـــن جراء التزام قناة السويس الذى أبرم لهذه المدة وكان السبب الرئيسي في احتلال مصر سنة ١٨٨٢ والعدوان الثلاثى عليها سنة ١٩٥٦.

وبعـــد فإننا وإن كنا نرى جدية هذه المخاوف ، فإنها لا تعنى إغلاق الـــباب أمام هذه العقود ، وإنما يجب أن تتضافر جهود الفقه والمشرع فى إصدار قانون يؤمن اللجوء إلى مثل هذه العقود ويعظم إيجابياتها ويحد من الســـلبيات الـــتى تنتج عنها ؛ لمصلحة الوطن ولتحقيق التنمية الاقتصادية المنشـــودة . ولـيكـــن معلومـــاً تماماً أنه إذا كانت حاجة الدول النامية إلى رؤوس الأمـــوال لتحقـــيق التنمـــية أمرا ضروريا . فإن حاجة هذه الأموال للعمل داخل أسواق هذه الدول أيضاً أمر ضرورى لها ويحقق مصلحتها .

---

(١) ســـامى عبدالـــباقى : البنيان التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T المرجع السابق – ص ٨ .

غياب التنظيم التشريعي الشامل
لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
واللجوء إلى المعالجة الجزئية

مـــع اتجاه الدولة إلى الخصخصة ، اتخذ عقد البوت مكانا عليا بين الوسائل التي اعتمدت عليها الدولة في تحقيق ذلك . على أنه أصبح واضحا أن الإطـــار القانوني لعقد التزام المرافق العامة كما نظمه القانون رقم ١٢٩ لســـنة ١٩٤٧ والمعـــدل بالقـــانون ٦١ لســـنة ١٩٥٨ لا يتماشى مع هذه الـــتطورات ؛ ذلـــك أن الإطار التقليدي لعقد الالتزام وفقا لهذين القانونين لا يـــتفق في كثير من أحكامه ، خاصة ما يتعلق منها بسلطات الإدارة في عقد الالـــتزام ، وبالـــتحديد سلطتا التعديل واسترداد المرفق قبل انتهاء مدة عقد الالـــتزام . وكذلك الأحكام التي تتعلق بتحديد حصة الملتزم في الأرباح وذلك نـــاتج مـــن متغير أساسي في التطورات الحديثة مؤداه أن الملتزم هو الذي يقوم بإنشاء المرفق وتملكه مدة الالتزام .

ولذلـــك كـــان لابد للمشرع أن يتدخل بتغيير هذا القانون بآخر أكثر حداثـــة وتطـــوراً ، يأخذ في اعتباره الاختلافات الأساسية بين عقد الالتزام بمفهومـــه وآلـــياته التقليدية - كما سبق وعرضناها - وبين عقود البوت B.O.T وصوره المختلفة ، والتي تعتبر الصورة الحديثة والمتطورة لعقود الالتزام .

وعلى الرغم من أن الحكومة في الفترة الأخيرة اتجهت نحو تشجيع مشـــاركة القطاع الخاص في إنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية في كثير مـــن القطاعات مثل المطارات ومحطات الكهرباء والمياه والصرف الصحي

والطــرق وغــيرها(١) . فــإن التنظيم التشريعي لم يبارح مكانه . وأحجمت

---

(١) بلغـت المشــروعات التي يجري تنفيذها أو عرضها حتى نهاية عام ٢٠٠٦ وفقا لعقود الـ B.O.T كما يلي :

١- إنشاء مطار مرسى علم بجنوب البلاد .
٢- توسعات بمطار الغردقة – صالة سفر .
٣- إنشاء مطار الفرافرة .
٤- إنشاء مطار الواحات البحرية .
٥- إنشاء مطار العلمين .
٦- مطار شرق العوينات .
٧- مطار رأس سدر
٨- مشروع إنشاء رصيف بترول بالإسكندرية .
٩- مشروع إنشاء ميناء الدخيلة (ميدكاب) .
١٠- محطة تداول حاويات بميناء شرق بور سعيد .
١١- إنشاء رصيف ومجمع بترولي بميناء دمياط .
١٢- إنشاء محطة تداول حاويات بميناء شمال العين السخنة .
١٣- تطوير ميناء العين السخنة .
١٤- إنشاء شركات حاويات شرق التفريعة وزيادة أطوال الرصيف .
١٥- تطوير ميناء الإسكندرية .
١٦- محطتي توليد كهرباء سيدي كرير .
١٧- محطة الطاقة الشمسية بالكريمات ، غاز طبيعي .
١٨- محطة شرق التفريعة .
١٩- إنشاء خط سكك حديد القاهرة/ التبين .
٢٠- إنشاء خط سكك حديد الأسماعيلية/ رفح
٢١- إنشاء خط سكك حديد سيناء/ السلوم .
٢٢- خط سكة حديد السلوم/ وادى النطرون . (=)

الدولــة عــن إصـــدار تشريع عام ينظم هذا التطور ، ونظراً لقصور الإطار القانونى التقليدى لعقود الالتزام ، استعاضت الحكومة عن تغيير هذا الإطار بمعالجات جزئية على الوجه التالى :

أولاً : القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر :

ونصــت المــادة ٧ من هذا القانون على أن للهيئة أن تجرى جميع التصرفات والأعمال التى من شأنها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، ولهـــا أن تـتعاقد مباشـــرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية ، وذلك طبقا للقواعد التى تحددها اللائحة الداخلية .

ويجــوز مــنح الــتزامات المــرافق العامـــة للمستثمرين المحليين والأجانـــب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقــم ٦١ لســنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الــثروة الطبيعــية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :-

أ - أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

ب — ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج - تحديــد وســائل الإشــراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام وإطراد .

(=) المصــدر : مركز معلومات مجلس الوزراء . منشور بمجلة الأهرام الاقتصادى - العدد ١٧١٥ - بتاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠٠١ - ص ٣٤ .

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه - فى حدود القواعد والإجراءات السابقة - قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة .

ثانيا : القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على ذات الشروط التى سبق ونص عليها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر .

ثم نصت المادة الثانية على أنه « مع مراعاة إشراف الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى على عمليات تأمين سلامة الطيران والقائمين عليها والتحقيق فى المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية . ويكون للملتزم بالنسبة للمطارات وأراضى النزول محل الالتزام السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة فى المواد ١٨ ، ٢١ ، ٦٨ من قانون الطيران المدنى ، وإلى السلطات المختصة بالطيران المدنى فى المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدنى ، وذلك فى حدود الشروط الواردة فى عقد الالتزام .

ثم نصت المادة الثالثة على أنه « لا يجوز الحجز أو اتخاذ أى إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات ، وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام .

ثـم نصـت المادة الرابعة على أن « يتعين على الملتزم المحافظة علـى المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهـزة ومعـدات مخصصة للاستعمال ، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مـدة الالتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال » .

ثالثـا : القـانون رقـم ٢٢٩ لسـنة ١٩٩٦ فـى شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة :

وفـى هذا القانون نصت المادة ١٢ مكرر على أنه : « استثناء من أحكـام المـواد ١ و ٣ و ٩ مكررا من هذا القانون ، يجوز منح التزامات المـرافق العامـة للمسـتثمرين المحليين والأجانب ، أشخاصا طبيعيين أو معنوييـن ، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصـيانتها وتحصـيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ بالـتزامات المـرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فـى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمـرافق العامـة وتعديـل شـروط الامتـياز ، وذلـك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

أ- أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

ب- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج- تحديـد وسـائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد .

د - يكـون للملـتزم ، فـى خصوص ما أنشأه من طرق ، سلطات

واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق فى المواد ٥ ، ٦ ، ٨، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٥ (فقرة أولى) من هذا القانون ، بما فى ذلك الحق من استغلال مساحات واقعة على جانبى الطريق وفى بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التى تخدم الطريق والمارة ، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطريق وعلى المشروعات المشار إليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام ، على أن تؤول جميع المنشآت إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة .

وتكون الهيئة العامة للطرق والكبارى والنقل البرى هى الجهة المختصة ، دون غيرها ، باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٤، ٩ ، ١٨ (فقرة ثانية) من هذا القانون .

هـ - الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التى تصدر فى شأن استعمال الطرق العامة .

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه ، فى حدود القواعد والإجراءات السابقة ، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات » .

ويلاحظ على هذه التشريعات ما يلى :

الملاحظة الأولى : أنها صدرت لتعالج موضوعات جزئية . ولذلك فهى تفتقر للمعالجة الشاملة لنظام البوت . وقد اقتصرت هذه المعالجة أساساً بالاستثناء من القيود التى أوردها القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . وهى إذ رفعت هذه القيود لم تضع

الضـوابط المهمـة التى تكفل نجاح هذا النظام فضلاً عن ضرورة المحافظة علـى حقـوق الدولة فى عقود البوت . على الرغم من أن الحاجة أصبحت ماسـة وضرورية لوضع تنظيم قانوني شامل يضمن حقوق الدولة وحقوق المتعاقد فى الوقت نفسه .

الملاحظة الثانية : أن هـذه الـتعديلات جميعها ذهبت إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة بعد أن كانت فى القانون القديم ثلاثين عاماً.

ولقد كان التحديد الذى أتى به القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ أنهى عرفا كان يجرى بمقتضاه منح الالتزامات لمدة كبيرة ، كانت تصل إلى تسع وتسـعين سنة ، ولعل أشهر التزام فى التاريخ هو التزام قناة السويس ، إذ أبـرم لمـدة تسع وتسعين سنة ، ولا يخفى على أحد ما سببه هذا العقد من كـوارث لمصـر ابتداء من التدخل الأجنبى فى شئونها إلى إغراء حكامها آنـذاك بالاقـتراض بضمان قناة السويس حتى غرقت الحكومة آنذاك فى الاستدانة وتبع ذلك الاحتلال البريطانى لمصر .

ومـن عجـب أن نعود مرة أخرى إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسـعين سـنة كما حدث فى الأمثلة السابقة . ولا شك أن هذه العودة غير الحمـيدة لا تتفق مع الفكر القانونى الحديث الذى يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغـت أهميته ممتدا عبر الزمن لمدة قرن من الزمان « تقريبا » يقيد أجيالاً مـن بعدهـا أجيال . وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية لشعب من الشعوب[١] .

وهـو مـا ذهـب إلـيه قسم التشريع بمجلس الدولة عند مراجعته

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : الوسيط فى القانون الإدارى – الجزء الأول – ٢٠٠٠ – ص ٤٠٧ .

لمشروع قرار رئيس الجمهورية بمشروع قانون بمنح التزام المرافق العامة لمـياه الشـرب والصـرف الصحى وإنشاء جهاز تنظيم قطاع مياه الشرب والصرف الصحى وحماية المستهلك ، إذ قرر « .. وقد ارتأى القسم أن مدة الالـتزام المنصـوص عليها فى البند (ب) من المادة الأولى من المشروع يمكـن أن تصـل إلـى ٩٩ عاماً وهى مدة طويلة جداً تقرب من القرن من الـزمان تغـل فـيها سلطة الدولة — بإرادتها المنفردة — عن تعديل بنود الشـروط الاتفاقـية فـى عقد الالتزام (طبقا لما جاء فى البند ب من المادة الأولـى من المشروع) وهو ما يعد تقييداً لأجيال قادمة عن ملاحقة التطور السـريع فـى المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة فى مجال حيوى مثل مجـال مياه الشرب والصرف الصحى ، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تجاوز ثلاثيـن عامـاً ، وذلك استهداء بما نص عليه فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة »[١] .

الملاحظة الثالثة : عـدم وجـود جهاز أو جهة تمارس الرقابة على الملتزم لكى تضمن الحكومة التزامه فى تنفيذ العقد بما سبق الاتفاق عليه، وتتجلى أهمية وجود هذه الجهة إذا أبرم هذا العقد لمدة طويلة قد تصل إلى تسـعة وتسـعين عامـاً . فإذا لم يلتزم المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد بالمواصـفات والشـروط المـتفق عليها ، والتى تضمن عودة المرفق بعد انتهاء مدته إلى الجهة الإدارية بحالة صالحة للتشغيل . ومن ذلك مثلاً عدم التزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية فى عملية الإنشاء ويساعده فـى ذلـك وجود استشارى فنى أجنبى يقدم له شهادة صلاحية غير مطابقة للحقيقة .

---

(١) ملف رقم ٢٠٠٠/٣٣ بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٩ . (غير منشور) .

ويترتب على ذلك أن يصبح المشروع غير صالح للتشغيل عند تسلم الدولة له في نهاية العقد . ومثال ذلك أن كمية الخراسانة المستخدمة في إنشاء محطتي كهرباء سيدى كرير وفقا لعقد البوت تقل بنسبة النصف عن كميات الخراسانة التي استخدمت في المحطتين اللتين أقامتهما الحكومة المصرية قبل ذلك رغم أن استشاري المحطات الأربع شركة أمريكية واحدة. ولا شك أن ذلك يؤدى إلى أن المحطتين اللتين أنشأهما المستثمر عن طريق عقد التزام B.O.T يكونان غير صالحين عند نقلهما إلى الحكومة المصرية[1] .

الاندفاع نحو تطبيقات عقود البوت دون أن وجود مثل هذا الجهاز الذي يقوم بالرقابة والمتابعة سوف يؤدى إلى تبديد الاستثمارات القومية ، ويصبح اللجوء إلى عقود البوت عبءً على الاقتصاد القومي . وتبدو الاستفادة من مميزات عقود البوت في ظل هذا الفراغ التشريعي أمراً بعيد المنال .

لكل ما سبق : فإن الأمر بات ضرورياً أن يصدر المشرع تشريعاً حديثاً يواكب التطورات الحديثة لعقد التزام المرفق العام وتنظيم صوره الجديدة حتى تستفيد الدولة من المزايا التي توفرها هذه العقود .

الملاحظة الرابعة : أن هذه التعديلات التشريعية قد ألغت كافة القيود الواردة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والخاص بتحديد حدود قصوى لحصة الملتزم في الأرباح . بل إنها تعمل على كفالة حد أدنى من هذه الأرباح للملتزم حتى يستطيع أن يسترد ما أنفقه على المشروع . ومما تجدر ملاحظته في هذا الإطار هو ارتفاع سعر الخدمة التي يقدمها المرفق.

---

(١) حمدى عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق – في محمد متولي (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية : المرجع السابق – ص ١١٨ .

مما تضطر معه الدولة إلى شراء هذه الخدمة بسعر مرتفع وبالعملة الأجنبية ثم تعيد بيعها مرة أخرى للمنتفعين .

ملامح أساسية لقانون الالتزام يجب مراعاتها :

وإذا كان تدخل المشرع المصرى قد تأخر كثيراً لوضع الإطار التشريعى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التى تمثل التطور الحديث لعقد الالتزام لكى ينظم اللجوء إليها ويحد من مخاطرها . فإن إصدار هذا التشريع أصبح ضرورة وطنية ويجب أن يراعى الأمور التالية :

أولا : ضبط عملية اللجوء إلى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بحيث يكون الأمر فى إطار محدد ومبين لأوجه النشاط التى تتلاءم مع هذه العقود . حتى لا يؤدى الأمر فى النهاية إلى سيطرة الأجنبى على مفاصل الاقتصاد المصرى وسيطرته على خدمات ومرافق حيوية للوطن والمواطن.

ثانيا : إعادة النظر فى إطالة أمد هذه العقود والتى يمكن أن يصل إلى تسع وتسعين عاماً . وهى مدة طويلة جداً . فالعقد الذى يستمر قرابة القرن من الزمان لابد أن يرتب أوضاعاً سياسية واقتصادية واجتماعية يصعب التعامل معه . ولنا فى عقد التزام قناة السويس العظة والعبرة .

ثالثا : ضرورة اشتراط فى حالة كون شركة المشروع مستثمراً أجنبياً تحويل الأموال اللازمة لإنشاء المرفق من الخارج ، وأن يرتبط الأمر بضرورة استخدام تكنولوجيا ملاءمة للبيئة المحلية .

رابعا : إنشاء جهاز رقابى يتولى مراقبة إجراءات التعاقد . وضمان وجود رقابة فاعلة للدولة أثناء إنشاء وتشغيل المرفق ومراجعة برامج صيانته حيث لها فى ذلك مصلحة محققة إذ يرتبط ذلك بقدرة شركة

المشروع على تنفيذ التزامها بنقل ملكية المرفق إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد .

خامسا : ضـــرورة أن تقـــوم شركة المشروع أثناء تشغيل المرفق باســـتثمار جـــزء مـــن أرباحهـــا في الدولة المضيفة بما لا يؤثر في حقها المشـــروع فـــي اســـترداد ما انفقته في بناء المرفق أو يحقق لها الأرباح المعقولة وهو أمر تتبدى أهميته في ظل عقود البوت التي تطبق لمدة طويلة من الزمن .

بهذه الضوابط وغيرها يمكن لعقود البوت أن تمثل إضافة للاقتصاد الوطـــني . وبغـــيرها تصبح هذه العقود مغرماً يضيف إلى الاقتصاد الوطني أعباء جديدة ومجهولا نسير نحوه ولا ندري ما هي حقيقته .

المبحث الثاني

عقد الأشغال العامة

أولاً : تعريف عقد الأشغال :

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعي أو معـــنوي بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة وبقصد تحقيق المصلحة العامة في نظير مقابل يحدده العقد .

وإلـــى ذلـــك ذهبـــت محكمة القضاء الإداري حيث تقول « .. عقد الأشـــغال هـــو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شـــركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصـــيانة فـــي عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة

عامة مقابل ثمن يحدد في العقد ..»[١].

ثانياً : شروط عقد الأشغال :

وعلى ذلك يجب أن يتوافر في عقد الأشغال عدة شروط كما يلي :

١- يجب أن يكون موضوع العقد عقاراً :

فعقد الأشغال لا يأتي على منقول تملكه الإدارة . وإنما هو يتعلق بعقار بناءً أو ترميماً أو صيانة . ويلحق بالعقار في ذلك العقار بالتخصيص كإقامة خطوط تليفونية ، ومد أسلاك الكهرباء وغير ذلك .

٢- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوى عام :

وعلى ذلك فيجب أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال مقررة لصالح ولحساب شخص معنوى عام ، وفى هذه الحالة يستوى أن يكون هذا الشخص هو المالك للعقار أم لا ، فيكفي في هذه الحالة أن يكون للشخص المعنوى العام إشراف مباشر على الأعمال موضوع العقد .

٣- يجب أن تهدف الأشغال محل العقد تحقيق نفع عام :

فأعمال الأشغال العامة يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة والنفع العام . كإنشاء المستشفيات لعلاج المرضى أو إنشاء المدارس وغير ذلك .

وفى بداية الأمر ربط القضاء الإدارى بين فكرة عقد الأشغال والأعمال التى تدخل فى نطاق المرفق العام . أى على عقارات تدخل فى

---

(١) محكمة القضاء الإدارى – حكمها فى القضية ٢٨٤ لسنة ٨ق بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ س١١ ص١٠٤ .

إطار المرافق العامة . ولكن سرعان ما أنفك هذا الترابط بين الفكرتين .

وارتبطـت فكـرة الأشغال العامة أيضاً بالأموال العامة . فكل عقود الأشـغال التي تتعلق بالدومين العام تعتبر عقوداً إدارية . أما إذا تعلقت هذه العقود بالدومين الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية .

علـى أنـه سـرعان مـا انفصلت فكرة الأشغال العامة عن فكرتي المـرفق العـام والأموال العامة . وأصبح كاف وحده أن تتحقق للإدارة من وراء العقد مصلحة عامة .

المبحث الثالث

عقـد التوريـد

يعـرف عقـد التوريد بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفـراد أو الشـركات علـى توريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معيـن. وهـو المعنى الذى رددته محكمة القضاء الإدارى في أحكامها ففى حكمها بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٥٢ ذهبت إلى أن عقد التوريد هو «اتفاق بين شـخص معـنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوى لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين»[١].

وعلى ذلك فإنه على خلاف عقد الأشغال العامة الذى لا يرد إلا على عقـار فـإن عقد التوريد يتعلق دائما بمنقول . كالبضائع ، والمواد الغذائية

---

(١) محكمة القضاء الإدارى – بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٥٢ المجموعة س٧ ص٧٦ .

والأجهزة الطبية وغير ذلك .

كمـا أن عقـد التوريد يختلف عن استيلاء الإدارة على المنقولات المملوكة للأفراد . فالأول يتم رضاء وبالاتفاق بين الطرفين أما الثانى فيأتى غصباً ولضرورة ملجئة تحتم على الإدارة القيام بذلك .

وعقـد الـتوريد لـيس عقدا إداريا بطبيعته كما الأمر بالنسبة لعقد الالـتزام وعقد الأشغال . وإنما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية أى إذا توافــرت فــيه عناصر وجود العقد الإدارى كما سبق وحددناها ومن ثم فإن عقد التوريد قد يكون مدنيا كما قد يكون إداريا .

وقد يختلط عقد التوريد بعقد آخر . وفى هذه الحالة يسرى على كل عقد الأحكام الخاصة به وهو ما تقررة المحكمة الإدارية العليا حيث تقرر أن مثار المنازعة انصب كله على إصلاح الدارجات البخارية «الموتوسيكلات» وعلــى توريد وتركيب كل ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشــمع ومقابض وما إلى ذلك واستكمال الفوانيس والإشارة الحمراء ولما كان التوريد فى هذا العقد ذا شأن محسوس منه حيث قيمته وأهميته بجانب العمــل فــإن العقــد ينطوى على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد ، تقع المقاولــة علــى أعمــال الإصلاح وتنطبق أحكامه عليه ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها »[١].

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٩/١/٢٥ الموسوعة جـ١٨ ص١١٤٣ .

الباب الثانى

إبرام العقود الإدارية



إبرام العقود الإدارية

من المسلم أن العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد أحداث أثر قانوني معين . على أنه إذا كانت أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه – كقاعدة عامة – فإن الأمر يختلف كثيراً بالنسبة للعقد الإدارى باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفاً فيه تبرمه باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام مستخدمة فى ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف من ورائه إدارة مرفق عام أو تسييره . ومن ثم فإن المشرع حدد نظاما معينا للعقد الإدارى يحكمه في مراحله المختلفة بدءا من ضرورة رصد الاعتمادات المالية ثم قواعد إبرامه ، وبعد ذلك كيفية تنفيذه وتحديد آثاره .

ولأهمية عملية تكوين العقد الإدارى فإن القوانين المعنية فى الدولة تنظم هذه العملية بدءا من الإجراءات التمهيدية اللازمة قبل التعاقد مثل الأذن المالى أو الموافقات السابقة وغيرها .. مرورا بأساليب التعاقد الإدارى كالمناقصة والمزايدة بأنواعها المختلفة والممارسة والاتفاق المباشر وغير ذلك من النظم التي قد ينص عليها القانون وانتهاء بالتصديق على العقد واعتماده ودخوله فى طور التنفيذ .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلى :

الفصل الأول : الإجراءات السابقة للتعاقد الإدارى .

الفصل الثانى : أساليب إبرام العقود الإدارية .

وذلك كما يلى :



الفصل الأول

الإجراءات السابقة على التعاقد

تتمثل الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإدارى فيما يلى :

أولاً : تقديـــر الاحتـــياجات الفعلية والضرورية بسير العمل والإنتاج داخل الوحدة الإدارية

ثانياً : الاستشارة السابقة .

ثالثاً : توافر الاعتماد المالى .

رابعاً : التصريح بالتعاقد .

وسوف نبحث كل منها فى مبحث مستقبل .

المبحث الأول

تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة

تتمـــثل أولـــى خطوات إبرام العقد الإدارى التمهيدية فى قيام الجهة الإداريـــة الراغـــبة فـــى إبـــرام العقـــد الإدارى بتقدير احتياجاتها الفعلية والضـــرورية . وهـــو الأمـــر الذى تنص عليه اللائحة التنفيذية فى المادة الأولى «يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الإنتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة مع مـــراعاة مســـتويات التخزيـــن ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف ، ولا يجـــوز الـــتعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة عنها تفى بالغرض» .

والغرض من هذا التحديد والتقدير لحاجة الجهة الإدارية قبل الطرح هـو الحفـاظ علـى موازنة الجهات الإدارية وضمان استخدامها الاستخدام الأمـثل . وحـتى لا تندفع الجهات الإدارية في تعاقدات تستنزف المال العام دون أن تكون بحاجة إليها .

ويرتبط بهذا الإجراء الأولى ما قرره القانون من حق الجهة الإدارية فى تعديل العقد سواء بزيادة التزامات المتعاقد معها أو بانقاصه وفقا لنص المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتى تنص علـى أنـه «يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو الـنقص فـى حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكـون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك . ويجـوز فـى حـالات الضـرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة . ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقـة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خـلال فـترة سـريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه .

وفى مقاولات الأعمال التى تقتضى فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مسـتجدة بمعـرفة المقـاول القائم بالعمل دون غيره فيتم التعاقد معه على تنفـيذها بموافقـة السلطة المختصة وذلك بطريق الاتفاق المباشر وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق» .

فمـن الواضـح أن هـذه المـادة تعـالج قصور الإدارة فى تحديد احتياجاتها قبل التعاقد .

وهـذا القصـور قد يكون مرده حالة الضرورة وفى هذه الحالة فإن

التعديل نص القانون على أن يكون بغير تعويض إذا ما كان هذا التعديل فى حدود نسبة الـ ٢٥% التى نصت عليها اللائحة وهو أمر محل نظر لدينا إذ أن العدل والمنطق يقتضى أن تعوض الإدارة المتعاقد معها عن أية أضرار أو فروق فى الأسعار تكبدها نتيجة هذا التعديل .

وقد يكون مرده سوء تقدير جهة الإدارة لتحديد احتياجاتها قبل التعاقد وفى هذه الحالة يجب على جهة الإدارة أن تتحمل تعويض الطرف الآخر عن كافة الأضرار التى يمكن أن تحدث له نتيجة امتداد أو انحسار العقد وفقا لما نصت عليه المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية . وهو الأمر الذى ذهبت إليه لجنة الفتوى لوزارة الداخلية إذ قررت عدم جواز إساءة الجهة الإدارية لحقها فى تحديد احتياجاتها بانقاص حجم التعاقد مع إعطائها لنفسها حق إعادة حجم التعاقد إلى وضعه الأصلى أو زيادته بنسبة ٢٥% خلال عام من تاريخ التعاقد[١] .

ومن ذلك يتضح أن حسن تقدير الإدارة لاحتياجاتها يؤدى إلى انضباط العقد سواء فى مرحلة إبرامه أو فى مرحلة تنفيذه وهذا التقدير والتحديد لاحتياجات الجهة الإدارية يتصل به مرحلة أخرى أكثر أهمية وهى مرحلة تحديد المواصفات اللازمة لما سيطرح للتعاقد وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل عند دراسة كراسة الشروط والإعلان عن المناقصة .

---

(١) فتوى رقم ٤٠٥ فى ١٩٨٩/٧/١٠ ملف رقم ١٢٧/٢٤ مشار إليه فى أحمد منصور : المشكلات العملية فى المناقصات والمزايدات – المرجع السابق – ص٢٥.

المبحث الثانى

الاستشارة السابقة

يفرض القانون أحيانا على جهة الإدارة أن تستشير جهة معينة قبل أن تبرم عقودها وذلك تحقيقا لاعتبارات يقدرها . فقد يكون ذلك لاعتبارات قانونية تستدعى ضرورة اللجوء إلى جهة متخصصة قادرة على الصياغة القانونية للعقد أو لاعتبارات فنية تستلزم اللجوء إلى جهة متخصصة فى موضوع العقد .

وهذه الاستشارة السابقة قد تشمل جميع الجهات الإدارية فى الدولة ومن ذلك ما نص علية قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة ٥٨ والتى تنص على أنه «لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة »[١].

وقد كانت المادة ٣٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات العامة تكرر ذات الحكم الذى تقرره المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة . ولكن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ جاءت نصوصه خالية من مثل هذا النص . إلا أن ذلك لا يغير من ضرورة التزام الجهات الحكومية بأحكامه نظرا لوروده فى قانون مجلس الدولة ، وقد كان تكرار الأمر فى قانون المناقصات تحصيل حاصل وذكر لمفهوم .

وقد تكون الاستشارة مقصورة على جهة محددة ومن ذلك ما نص

---

(١) سليمان الطماوى . الأسس العامة – المرجع السابق – ص٣٥٩ .

عليه قانون الإدارة المحلية فى المادة ١٣ على تخويل المجلس الشعبى المحلى للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة :

١ - الأشراف والرقابة على أعمال ونشاط هذه المجالس .

٢ - التصديق أو الاعتراض على القرارات التى تصدر من هذه المجالس فى الحدود التى تقررها اللائحة التنفيذية » .

واللجوء إلى طلب الاستشارة قد يكون ملزما وقد يكون غير ذلك . على أنه فى جميع الأحوال لا تكون جهة الإدارة ملزمة باتباع ما نصت عليه الفتوى إلا حين يلزمها القانون بذلك فالأصل أن الفتوى غير ملزمة وإن كانت لازمة .

المبحث الثالث

الاعتماد المالى

من المسلم أن الإدارة - بصفة عامة - لا تستطيع أن تمارس نشاطاً يتكلف أعباء مالية إلا إذا وجد الاعتماد المالى المخصص لذلك فى الموازنة العامة . وإبرام الإدارة للعقد الإدارى يخضع - بطبيعة الحال - لهذه القاعدة . وهو الأمر الذى تنص عليه المادة ٢٤ من قانون الموازنة العامة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٣ على أنه لا يجوز استحداث نفقات غير واردة بالموازنة إلا بعد الرجوع إلى وزارة المالية والاقتصاد والتجارة الخارجية وموافقة مجلس الشعب وصدور القانون الخاص بذلك .

وفضلاً عن ضرورة توافر الاعتماد المالى حتى تشرع الإدارة فى إبرام عقودها فإنه يجب عليها أن تتبع القواعد القانونية التى تحدد كيفية

استخدامه .

وعلـــى الرغم من أهمية توافر الاعتماد المالى كإجراء تمهيدى حتى تلجــأ الإدارة إلى إبرام العقد لتوفير احتياجاتها فإن تخلفه أمر لا يؤثر على صـــحة إبـــرام الإدارة لعقودها . ومرد ذلك صعوبة علم المتعاقد مع الإدارة بوجـــود هذا الاعتماد من عدمه نظراً لتعلق الأمر بأمور داخلية لدى الإدارة فضلاً عن تطلب علم المتعاقد بذلك قد يؤدى إلى تأخر إبرام الإدارة لعقودها ممـــا يؤثـــر ســـلباً على انتظام واطراد سير المرافق العامة[1]. وعدم تأثير تخلـــف الاعـــتماد المـــالى أو تأخره على العقود التى أبرمتها الإدارة يرتب نتيجتين هامتين :

الأولى : أن توافـــر الاعـــتماد المالى لا يلزم الإدارة بالتعاقد فوجوده لـــيس إلا إذنا غير ملزم للإدارة بالتصرف ، فقد تجد الإدارة فى عدم التعاقد رغم وجود هذا الاعتماد المخصص تحقيق المصلحة العامة .

الثانية : أن إبـــرام الإدارة لعقودهـــا رغـــم تخلف الاعتماد المالى لا يؤثـــر فى صحة العقد الإدارى ، إذ أن وجود هذا الاعتماد من عدمه أمر لا يتصـــل بشروط صحة أو نفاذ هذا العقد . ولا يعدو تخلف الاعتماد المالى أن يكون مخالفة إدارية خارج نطاق العقد يتحمل وزرها المسئول عنها .

علـــى أن تخلف الاعتماد المالى فى مثل هذه الحالة إنما يرتب أثراً هامـــاً وهـــو عدم قدرة الإدارة على دفع ما يترتب عليها من التزامات مالية تنتج عن العقد إلا بعد توافر هذا الاعتماد.

وفى حكم لها أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها « فالثابت فى

---

(١) فتحى فكرى : محاضرات فى العقود الإدارية – ١٩٩٤ – ص٤٢ .

فقــه القانون الإدارى أن العقد الذى تبرمه الإدارة مع الغير - كعقد الأشغال العامــة أو الـتوريد مــثلاً - يــنعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى لو لم يكن الـبرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال ، أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد ، أو لو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحــدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمــس صــحة العقد ولا نفاذه ، وإنما قد تستوجب المسئولية السياسية . وعلــة ذلــك ظاهرة ، وهى أن هذه العقود الإدارية التى تبرمها الإدارة مع الغير هى روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ويجب من ناحية حماية هــذا الغــير ومــن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة فى الإدارة ، فليس فى مقــدور الفرد الذى يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح وما إذا كان العقد فــى حدود الغرض المخصص له الاعتماد او ليس فى حدود هذا الغرض ، كــل أولــئك من الدقائق التى يتعذر على الفرد العادى بل الحريص التعرف عليها . ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ، ولتعطل سير المرافق العامة[1]».

المبحث الرابع

الإذن بالتعاقــد

لأهمــية بعــض العقــود الإدارية يستلزم المشرع لإبرامها حصول الجهــة الإداريــة الراغبة فى التعاقد على إذن بذلك من جهة يحددها .فثمة

---

(١) المحكمــة الإداريــة العليا - ١٩٥٦/٢/١١ الموسوعة الإدارية الحديثة جـ٢٣ - ص١٥٧٠ .

عقود إدارية لا يجوز لجهة الإدارة أن تبرمها إلا بعد موافقة البرلمان وثمة عقود أخرى تتطلب موافقة جهة إدارية أخرى ، وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

تطلب موافقة البرلمان لإبرام بعض العقود الإدارية

نظـراً لأهمية بعض العقود الإدارية التى قد تتصل بالمصلحة العليا للـبلاد أو تمس الأمن القومى أو يترتب عليها التزامات تستمر مدة طويلة من الزمن فإن المشرع الدستورى تطلب لإبرام هذه العقود موافقة البرلمان وقـد جـرت الدسـاتير المصرية على هذا النهج[1]ففى دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ وردت هذه النصوص لتكرس هذا المبدأ .

مـادة ١٢١ لا يجـوز للسـلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشـروع يترتـب علـيه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقـة مجلس الشعب » . مادة ١٢٣ «يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامـة كمـا يبيـن أحوال التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك» .

وعلـى ذلك فإنه وفقاً لهذه النصوص لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تقـدم علـى إبـرام مـثل هذه العقود إلا إذا توافرت الموافقة المسبقة من الـبرلمان وذلـك تحقـيقاً للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة . بل إن مجلـس الدولة المصرى حرصاً منه على هذا المبدأ فقد أعمله على الرغم

---

(٢) راجـع المـادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ والمادتين ٩٦ ، ٩٨ من دستور ١٩٥٦ والمادة ٧٢ ، ٧٤ من دستور ١٩٦٤ .

من سقوط دستور ١٩٢٣ بعد قيام ثورة ٢٣ يوليه وقبل صدور دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ إذ أفتى قسم الرأى فيه مجتمعاً بما يلى :

«باستقراء أحكام الدساتير المقارنة – لا سيما البلجيكى والفرنسى – يبين أن هناك عرفا دستوريا مستقراً يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية فى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة الطبيعية غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية الهامة .

المطلب الثانى

تطلب موافقة جهة إدارية قبل إبرام العقد

وفى هذه الصورة يتطلب المشرع ضرورة موافقة جهة إدارية أعلى قبل إبرام العقد وهى صورة كثيرة الحدوث عملاً ويصعب حصر حالاتها . وتهدف إلى تحقيق رقابة ذاتية لجهة الإدارة بحيث تراقب الجهة الأعلى ما دونها من الجهات الإدارية حينما تلجأ الأخيرة إلى إبرام عقودها . ولعل أهم تطبيقات هذه الصورة تتبدى فى علاقة الإدارة المركزية بالهيئات الإدارية التى تخضع لرقابتها الوصائية سواء أكانت هذه الهيئات إقليمية أم مرفقيه . ومن أمثلة ذلك ما ورد فى القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى المادة ١٤ منه على أنه « يجوز للمجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء – التصرف بالمجان أو التأخير بإيجار أسمى أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية فى حدود خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة لغرض ذى نفع عام» .

كما تنص المادة ٤٢ فقرة ٤ على أنه لا يجوز التصرف بالمجان فى

مـال مـن أموال المركز أو تأجيره بإيجار أسمى أو أقل من أجر المثل فيما يجاوز خمسين ألف جنيه فى السنة الواحدة إلا بموافقة مجلس الوزراء» .

المطلب الثالث

أثر مخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد

سبق وأن علمنا أن مخالفة الإدارة للقواعد التى تنظم ضرورة وجود اعتماد مالى قبل التعاقد أو القواعد التى تحدد إجراءات صرفه لا تؤثر على العقد الإدارى وأن العقد على الرغم من مخالفة الإدارة فى مثل هذه الحالة يظل صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية سواء فى مواجهة الإدارة أو فى مواجهة المتعاقد معها .

إلا أن الأمر مختلف تماماً فى حالة إبرام الإدارة للعقد دون الحصول على الإذن بالتعاقد . فوجود الإذن ضرورى لقيام الرابطة العقدية . فتعاقد الإدارة دون حصولها على هذا الإذن يؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا[1].

وهو الأمر المسلم فى الفقه الإدارى الفرنسى وذلك نظراً لأن القواعد المتعلقة بالإذن السابق تتعلق بالنظام العام[2].

وبهذا الرأى استقر مجلس الدولة فقد ذهب قسم الرأى فيه فى فتواه إلى أنه « إذا كانت السلطة التشريعية وهى سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنما تكون منعدمة إطلاقا ، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى

---

(١) سليمان الطماوى – الأسس العامة – المرجع السابق – ص ٣٤٢ .

(٢) De laubader. Moderne et Devolvé, op. Cit p. 482.

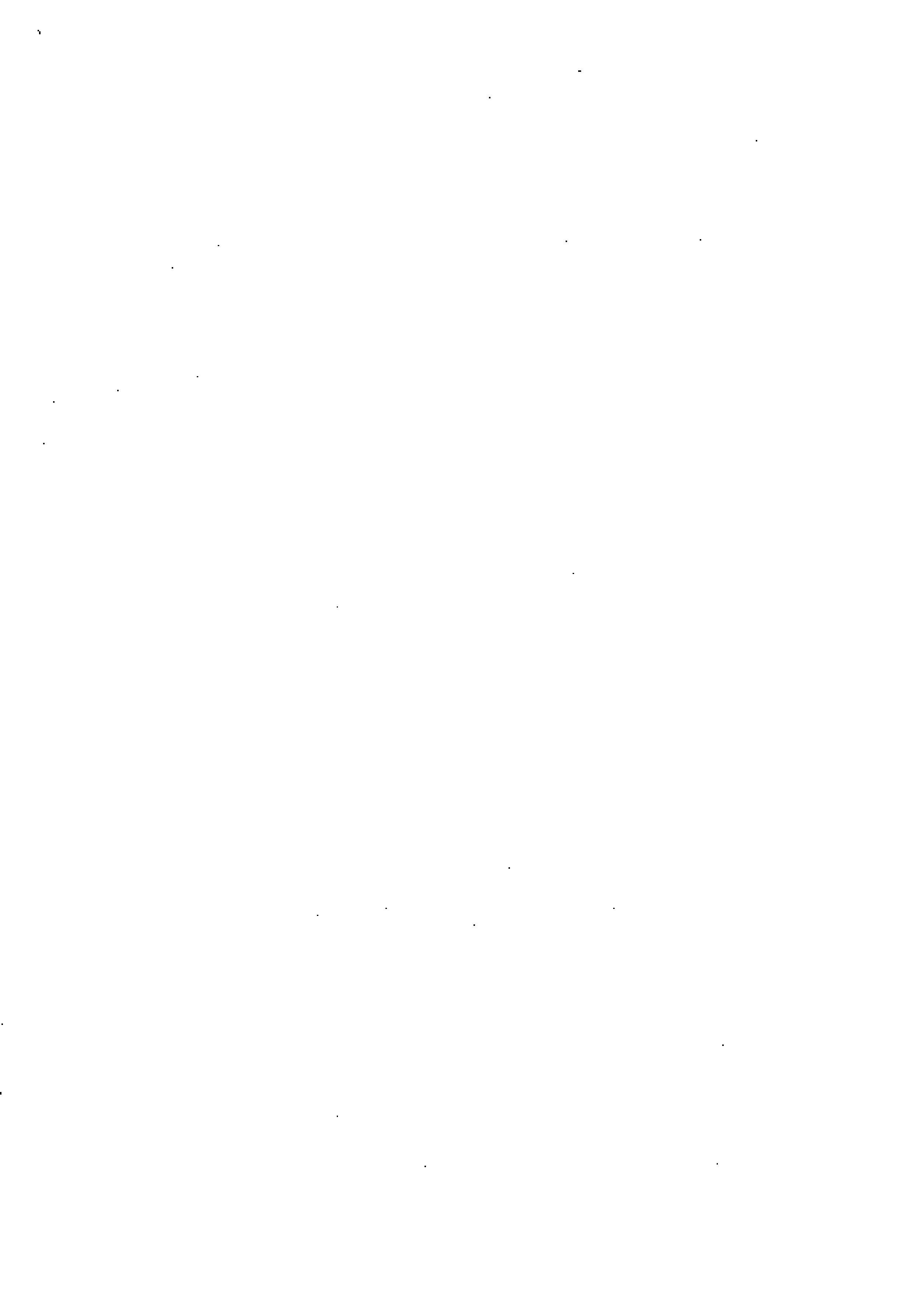
مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة ، ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد يكون العقد باطلا مطلقا في نظر القانون . وإنما هو واقعة مادية بحت وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار»[١] .

وهو ما سبق أن قرره أيضاً قسم الفتوى مجتمعاً بفتواه بتاريخ ١٨ /٥/ ١٩٥٠ حيث بين أن «الاختصاص في القانون العام يقابل الأهلية في القانون الخاص .وكما يشترط لكي يكون التصرف الفردي صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لإبرامه . كذلك يشترط لصحة التصرف الإداري أن يكون الموظف الذي يصدر منه هذا التصرف مختصا وأن يكون موضوعه جائزا ومشروعاً وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التي ينص عليها القانون . على أن الاختصاص في القانون العام أضيق نطاقاً من الأهلية في القانون الخاص إذ الأصل في القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك . أما في القانون العام فالأصل أن الموظف غير مختص بها إلا بالنسبة إلى المسائل التي ينص على اختصاصه بها ، وفي الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية في الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية فالتزامها باطل بطلانا مطلقا لعدم اختصاصها به ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر[٢]» .

---

(٣) فتوى قسم الرأى مجتمعاً بتاريخ ١٩٥٤/٩/٢٢ مجموعة الفتاوى السنة الثامنة ومنصف التاسعة ص٢٢٦ .

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعاً بتاريخ ١٨/٥/١٩٥٠ - مجموعة أبو شادى - ص٨٦ .



الفصل الثانى

أساليب إبرام العقود الإدارية

تتعدد الوسائل التى تلتزم الإدارة من خلالها إبرام العقد الإدارى وقد وردت هـذه الوسائل بنص المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كمـا يلى «يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو الـنقل أو علـى تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طـريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ويصدر باتباع أى من الطريقين قـرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد . ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

أ - المناقصة المحدودة .

ب - المناقصة المحلية .

ج - الممارسة المحدودة .

د - الاتفاق المباشر .

ولا يجـوز فـى أيـة حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسـة محدودة وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية» .

ويلاحظ أن القانون الجديد جعل من المناقصات العامة والممارسات العامـة طريقان أساسيان للتعاقد على خلاف ما كان فى ظل القانون السابق أو القوانين التى سبقته حيث كانت تمثل المناقصة العامة الأسلوب الأساسى فى إبرام العقود الإدارية .

وتمـثل إجراءات التعاقد عن طريق المناقصة العامة القواعد العامة

لغيرها من الأساليب الأخرى ومن ثم سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول المناقصات وفي الثاني الأساليب الأخرى للتعاقد الإداري غير المناقصة العامة .

المبحث الأول

المناقصات

إذا كان القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات قد أحدث تطوراً جزئياً نحو إطلاق حرية الإدارة في التعاقد وذلك بإعطائها الحق في الاختيار بين أسلوب المناقصة العامة والممارسة العامة كأسلوب لإبرام العقد الإداري فإن المناقصة بأنواعها المختلفة تظل في الواقع العملي الأسلوب الأساسي في التعاقد الإداري على الأقل في بعض الحالات .

ونظراً لأهمية المناقصات فسوف نفصل دراستها على الوجه التالي:

أولاً: المبادئ العامة التي تحكم نظام المناقصة العامة .

ثانياً : كيفية إسناد التعاقد فيها . وذلك على الوجه التالي :

المطلب الأول

المبادئ العامة التي تحكم نظام المناقصة العامة

المبدأ التقليدي في التقدم للمناقصة العامة يعني حرية الدخول فيها والتقدم بعطاء ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة .

فإجــراءات المناقصة العامة ما هي إلا دعوة إلى التعاقد تعلن عنها الإدارة بصــورة حددها القانون وكفل في إجراءاتها تحقيق حرية المنافسة بين المتقدمين بعطاءاتهم في المناقصة.

فمــنطق المناقصـــة التقلــيدى يقضى بأن المتناقصين يتقدمون في مسابقة علنية بعروضهم في الحدود التي يحددها القانون أو تشترطها جهة الإدارة كلما أمكن ذلك ما عدا السعر فإنه يكون محدداً تحديداً قاطعاً(١).

ومــبدأ حرية التقدم في المناقصة . يؤدى إلى ضرورة ضمان حرية المنافســة فــي إجراءاتها . فكل إجراء يؤدى إلى تقييد حرية المنافسة بين المتناقصــين يــؤدى فــي ذات الوقــت إلى النيل من مبدأ حرية التقدم في المناقصــة ، فالتطبيق العملي لهذا المبدأ يقتضي ضمان حرية المنافسة في إجراءات المناقصة العامة .

الفرع الأول

المبدأ الأول : حرية المنافسة

سوف نبين أولاً : مفهوم مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة.
وثانــياً : حدود مبدأ حرية المنافسة وسلطة الإدارة في الحرمان من دخول المناقصة .

أولاً: مفهوم حرية المنافسة :

حــرية المنافسة تعني حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة

---

(١) Le Clére (Julien) : Les Marchés de fournitures et de travaux publics, 1949 ,P. 64.

وفـــى الحدود التى يحددها القانون . ومبدأ حرية المنافسة بهذا المعنى يعد مــن المــبادىء الحاكمة لنظام المناقصات العامة[١] . وترتيباً على ذلك فإن الإدارة لا تســتطيع أن تمــنع أحــد الأفــراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصـــة الـــتى أعلنـــت عنها طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التى تطلـــبها القانون . كما أن إتجاه الإدارة لتفضيل أحد المتقدمين على حساب آخريـــن يؤدى إلى بطلان هذا الإجراء إلا إذا كان هذا التفضيل مستنداً على أساس قانوني .

ولأهمية مبدأ حرية المنافسة فى إجراءات المناقصة العامة حرصت التشـــريعات المختلفة على النص عليه فى صلب القانون الذى ينظم عملية المناقصــــات والمـــزايدات فوفقاً للمادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمـــزايدات فـــى مصـــر رقـــم ٨٩ لسنة ١٩٨٨ يجب أن« يخضع كل من المناقصـــة العامـــة والممارســـة العامـــة لمـــبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة» .

وقـــد تقرر مبدأ حرية المنافسة بالنسبة للمناقصات والمزايدات فى عقـــود الدولة بمقتضى نص المادة ٨٥ من قانون العقود الفرنسي والمادة ٢٨١ بالنسبة للمناقصات والمزايدات فى العقود المحلية .

ومبدأ حرية المنافسة يجب توافره سواء فى المناقصة المفتوحة أو فـــى المناقصـــة المحـــدودة . فالمناقصة المحدودة أو المقيدة تخضع لسائر القواعـــد الخاصـــة بالمناقصـــة المفـــتوحة عدا ما تعلق منها بمدى حرية الاشتراك فيها .

---

(١) Quancard (Michel) : L'adjudication des marchés publics de travaux et de Fournitues ; 1945, P. 52 et s .

ففي حين تتميز المناقصة المفتوحة بأن الاشتراك فيها يكون مكفولاً للناس كافة عن طريق الإعلان عن موضوع المناقصة والذى يتم فى الجرائد والمجلات . فإن المناقصة المحدودة يقتصر الاشتراك فيها على الأفراد أو المشروعات التى قررت الإدارة درج أسمائهم فى كشف خاص(١). فمبدأ حرية المنافسة يجب أن يكون مكفولاً سواء فى هذه أو تلك .

ومبدأ حرية المنافسة – وإن كان يعنى حرية دخول المناقصة التى تعلن عنها الإدارة – إلا أن الأمر لا يعنى أن هذه الحرية مطلقة . فثمة قيود قد ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بمالها من سلطة تقديرية ، تؤدى إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول المناقصات العامة ، دون أن يعد ذلك إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة الواجب توافره فى إجراءات المناقصة .

ثانياً : القيود التى ترد على مبدأ حرية المنافسة :

إذا كان مبدأ حرية المنافسة يعنى حرية دخول المناقصة ، فإن هذا المبدأ يتحدد بما يكون للإدارة من سلطة فى تقدير حرمان أحد الأشخاص أو المشروعات من التقدم للمناقصات العامة التى تجريها . وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون موقوتاً وقد يكون غير محدد المدة .وقد يكون مانعاً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التى تجريها الإدارة وقد يقتصر على بعضها .

وفى كل الأحوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول

---

(١) فؤاد العطار – وسائل تعاقد الإدارة – نظرية المناقصة والممارسة – مجلة مجلس الدولة – س٥ يناير ١٩٥٤ ص٢٧٢ .

العطـــاءات التى يتقدم بها الشخص المحروم حتى ولو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التى حددتها الإدارة[١].

وعـــلاوة علـــى سلطة الإدارة في حرمان الأفراد والمشروعات من دخـــول المناقصـــات العامـــة . فإن القانون قد ينص فى حالات محددة على الحرمان كعقوبة تبعية .

وحرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة قد يكون حرماناً جزائياً وقد يكون حرماناً وقائياً . وذلك على التفصيل التالى :

ففـــى الحرمان الجزائى يكون تقرير الإدارة حرمان شخص معين – طبيعياً كان أو معنوياً – من دخول المناقصات العامة التى تدعو إليها بمثابة جـــزاء يوقع على هذا الشخص . وهذا الحرمان الجزائى قد يكون منصوصا علـــيه فى القانون كعقوبة أصلية أو تبعية . كما قد يكون جزاءً مقرراً على الشـــخص الطبـــيعى أو المعـــنوى لسبق ارتكابه أخطاء أو جرائم فى تنفيذ عمليات سابقة تعاقد عليها مع الإدارة .

وســـلطة الإدارة فى حرمان الشخص الطبيعى والمعنوى من الدخول فى المناقصات المستقبلية التى تعلن عنها نتيجة أخطاء سبق لهذا الشخص إقترافها فى تنفيذ عمليات سابقة مع الإدارة ، قد يكون منصوصاً عليها فى العقـــد بأوضاع معينة وبشروط محددة . وهنا لا يكون قرار الإدارة بالشطب أو الحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط .

ونظـــراً لخطورة الآثار المترتبة على قرار الإدارة بحرمان الشخص

---

(١) أحمـــد عـــثمان عياد – مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية – رسالة دكتوراه مقدمـــة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة –١٩٨٣ – ص ١٥١ .

Q uancard (M.) : op. cit. p. 97.

من دخول المناقصات نتيجة لإخلاله السابق بالتزاماته العقدية أو استخدامه الغش أو تقديمه الرشوة بطريق مباشر أو غير مباشر لأحد موظفي الإدارة. فإن القضاء في إسباغ رقابته على قرار الإدارة بالحرمان يشترط أن يكون المتعاقد عالما بالغش قاصداً التلاعب . وعلى ذلك فإن مجرد المخالفة في المواصفات التي لا ترقى إلى درجة الغش لا تبرر للإدارة حرمان الشخص من التقدم في المناقصات وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا «مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها مع الإدارة لا يشكل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة ، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعي في حقيقة الشئ المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب[1]».

وقضت أيضاً بأن « مخالفة مواصفات التوريد لا تعتبر غشاً ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة وأتى من الأفعال ما يخفي المخالفة عن جهة الإدارة أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها متى ثبت أن المورد الذي يشتري الجبن من آخرين أو يتفق معهم على تصنيعه لا دليل على علمه بمخالفة الجبن للمواصفات أو اتفاقه على توريد جبن مخالف للعقد فلا يفترض فيه هذا العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذي يورده»[2].

---

(١) المحكمة الإدارية العليا - رقم ٩٢٩ لسنة ٩ق ١٧ يونيه ١٩٦٧ المجموعة س ١٢ق ص١١٩٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٢٦ق جلسة ٩ أبريل ١٩٨٥ القاعدة ١٤٠ ص٩٢٥ .

أمـا فـى حالـة الحرمان الوقائى تقوم الإدارة بإصدار قرار إدارى بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص الطبيعى أو المعنوى من التقدم إلى المناقصات العامة(١). وهو بذلك يختلف عن الحرمان الجزائى فى أن هذا الأخـير يكـون عقوبـة تتقرر بنص القانون حينا ونتيجة لإخلال الشخص المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية . بينما الحرمان الوقائى يكون بمجرد قـرار إدارى مـن الإدارة حيـث تقدر بمطلق سلطتها التقديرية – حرمان الشـخص الطبيعى أو المعنوى – من الدخول فى المناقصات العامة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة .

والحرمان الوقائى قد يكون بنص القانون ، كما قد يكون صادراً عن الإدارة لاعتبارات تقدرها تحقيقاً للمصلحة العامة . وذلك كله على التفصيل الآتى :

يكـون الحرمان الوقائى بنص القانون فى حالة ما إذا قدر القانون ضـرورة مـنع أشـخاص محدديـن بصفاتهم من دخول المناقصات العامة والمـزايدات وذلـك حمايـة للمصلحة العامة ، ومن ذلك دخول الموظفين العموميين وموظفى السلطات المحلية فى المناقصات العامة .

ففى القانون الفرنسى تحظر المادة الثامنة من المرسوم الصادر فى ٤ فبراير ١٩٥٩ رقم ٢٤٤ على الموظف العام بالذات أو بالوسالة الدخول فى مناقصات أو مزايدات فى دائرة اختصاصهم .

وعلـى هـذا الحكـم نصـت المادة ٣٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علـى أنه « يحظر على العاملين بالجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالوساطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات .

---

(١) De Laubadere : op. cit. p 606 .

كما يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال[١]» .

والحظر الذى يمنع على الموظفين الدخول فى المناقصات والمزايدات العامة يهدف إلى حماية المصلحة العامة .ويعتبر حظراً موقوتاً إذ أنه يزول بزوال سببه وهو انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

وتنص المادة ٩٥ من الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ على أنه «لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مدة عضويته أن يشترى أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة وأن يؤجرها أو يبيعها شيئا من أمواله أو أن يقاضيها عليه أو أن يبرم مع الدولة عقداً بوصفه ملتزماً أو مقاولاً» .

كما أن هذا الحظر يسرى أيضا بالنسبة لأعضاء مجلس الشورى وذلك تطبيقاً للمادة ٢٠٥ من الدستور ، والتى تقضى بأن « تسرى فى شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور بالمواد ٩٥ » .

وهذا النص الدستورى واضح الدلالة على حرمان أعضاء مجلس الشعب والشورى من التقدم بعطاءاتهم فى المناقصات والمزايدات العامة وذلك للنأى بهم عن مواضع الشبهات ، وتمكينا لهم من ممارسة دورهم الرقابى على أعمال السلطة التنفيذية .

وعلى ذلك نرى أن ما تقرره المادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية

---

(١) أورد القانون على ذلك استثناء يتعلق بشراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية .

لمجلس الشعب من أن «الحظر الوارد بالمادة ٩٥ من الدستور لا يسرى على التعاقد الذى يتم طبقا لقواعد تسرى على الكافة» . يصطدم مع نص الدستور الوارد بالمادة ٩٥ والذى يحظر بصفة عامة أى تعامل بين عضو مجلس الشعب والشورى وبين الدولة . كما أن الغاية من الحظر تكمن فى الحيلولة بين مركز العضو النيابى وبين التعاقد مع الدولة حتى لا يستغل وظيفته النيابية لأغراض تتنافى مع المصلحة العامة وهو أمر يمكن أن يتحقق حتى مع عمومية قواعد التعاقد[١].

وفى ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٠ ملف رقم ٧١/١/٧» . فنص المادة ٩٥ صريح فى معناه ودلالته واضح فى حكمه من عبارته وما سيقت لـه ، وهو صادر عن نظر الدستور فى ريبة - إلى هذه البيوع والإيجارات والمناقصة والالتزام والتوريد والمقاولة من قبلهم مع الدولة فأراد درأها عنهم فحظرها كلية وعلى أى صورة كانت بثمن المثل أو القيمة الحقيقية إبعاداً لهم عن الشبهة وتنزيها عن الظن وهذا أزكى لهم وأكفل بقيامهم بواجبات عضويتهم وعدم الإفادة خلال مدة عضويتهم من أية منفعة شخصية نتيجة لها أو تكون مظنة لذلك وأن فى ذلك لتوطيد بالثقة العامة بهم . وأن ما جاء بالمادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب لا يعتد به ويعول عليه فى إجازة ما حظره الدستور ونص عليه صراحة فى المادة ٩٥ منه مما يجب التزامه وعدم تعدى حدوده .

والحرمان الوقائى كما يكون بنص القانون . فإنه قد يكون بقرار

---

(١) فى تفصيل ذلك راجع مؤلفنا الوسيط فى القانون الدستورى ١٩٩٥ - ١٩٩٦ - دار النهضة العربية ص٤٥٢ .

يصدر عن الإدارة بما تملك من سلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء الإدارى الذى يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن الهدف الأساسى الذى حدده القانون وهو حماية المصلحة العامة .

وإلى ذلك ذهب قضاء مجلس الدولة سواء فى فرنسا أو فى مصر . فقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر بأن « الوزارة لها الحق وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها فى أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال ، وقرارها فى هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ، ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة»[1].

وفى نفس الاتجاه قضت المحكمة فى حكم آخر أن «قرارات الحرمان التى تصدرها الإدارة بهذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإدارى ، وفيما للإدارة من سلطة فى وضع مثل هذه القواعد التى تنظم أعمال المناقصة»[2] .

ويتفق هذا القضاء مع قضاء مجلس الدولة الفرنسى والذى يرى أن قرارات الإدارة بالحرمان إنما تصدر عن سلطة تقديرية ، والتى لا يجوز للقضاء أن يعقب عليها مهما كانت الظروف التى يصدر بمناسبتها قرار الحرمان[3] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٧٣٨ لسنة ٦ق بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٥٦ مجموعة المبادئ س١٠ قاعدة رقم ٢٨٤ ص٢٧١

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢١ أبريل ١٩٥٧ - فى القضيتين ٢٩٤٦ لسنة ٧ق و٧٣٠٢ لسنة ٨ق مجموعة المبادئ س١١ - ص٣٦٩ .

(٣) CE. 5 Juillet 1902 Vauthihe Rec . P. 500 .

الفرع الثانى

مبــــدأ العلانيـــة

ومبدأ العلانية يعني وضع مبدأ حرية المنافسة موضع التطبيق وهو الأمــر الذى يستدعي بحث : الإعلان عن المناقصة ، وتحديد من لـــه الحق فى المشاركة فيها وهو ما سوف نتناوله كما يلى :

أولاً : الإعلان عن المناقصة :

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراء أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصـــات العامـــة . ومـــن مقتضـــاه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة [١].

وعلى ذلك فإن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلـــى الـــتعاقد ، ومـــن ثم فإنه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معهـــا[٢]. وعلي ذلك استقر القضاء الإدارى المصرى حيث ذهبت المحكمة الإداريـــة العلـيا إلـــى أن إعـــلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارســـة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشـــتراطات المعلـــن عنها هو الإيجاب الذى ينبغي أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد[٣] .

---

(١) Quancard (M):, op. cit. P. 74 et s. Le clére (J); op. cit pp 68 – 69 .

(٢) De Laubedere : op. cit p. 594 .

(٣) المحكمـــة الإداريـــة العليا : جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧- طعن رقم ٢٢٣ – س١٠ المجموعة س١٣ ص١٦٦ وإلى ذلك تذهب محكمة النقض ففى حكم لها قضت (=)

ومـبدأ علانـية المناقصة العامة يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المسـاواة الواجب توافرهما في إجراءات المناقصة العامة . إذ أنه يبيـن الإجراءات والشروط التي يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس علـى أساسـها . وإذا كانـت المناقصة – كأسلوب لإبرام العقد الإدارى – تستهدف أن تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض شروطاً وسعراً . فلا شك أن الإعـلان عن إجراءات المناقصة سوف يعمل على تحقيق هذا الهدف الذى تسـعى الإدارة لتحقـيقه مـن جـراء الأخذ بأسلوب المناقصة لإبرام العقد الإدارى[1].

ونظـراً لأهمـية الإعلان عن المناقصة ، فإن القوانين التى تنظمها دائما تحرص على النص عليه صراحة . فلقد نص عليه المشرع الفرنسي فـى قـانون العقود الإدارية وتطلب ضرورة توافره سواء في عقود الدولة (المادة ٨٤) أو بالنسبة للعقود التى تبرمها المحليات[2].

ومبدأ الإعلان نصت عليه المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات

(=) أن طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة في قائمـة الاشتراطات لا يعتبر قانونا إيجابا منها ، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد أما الإيجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينة » .نقض مدنى في ٢٨/ ١٩٦٦/٣ مجموعة أحكام النقض س١٧ رقم ٩٩ ص٧٢٠ .

(١) Bonnard (R) : La passation des Marchés publics . Revue de droit public et de la scine politique n 59 , p . 159 .

(٢) Art : 84: les marchés par sdjudication Comportent pbligatoirement, la publicité de l'ouverture des soumission et d l'ouverture des sonmission et d l'attribution provisiore du marché.

Art 280; les marchés per adjudication Comportent obligatoirement I– la publicité de l:ouvertue de somission et de l'attribuion .

والمـزايدات رقـم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨ فـى مصر بقولها « تخضع كل من المناقصـة العامـة والممارسـة العامـة لمـبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة» .

١ - موضوع الإعلان :

يتمـثل موضـوع الإعـلان عن المناقصة فى البيانات اللازمة التى تمكـن المخاطبيـن بإجراءات المناقصة من العلم بها والإلمام بكل تفاصيل وجزئيات التعاقد المزمع إبرامه مع جهة الإدارة[١].

وفى القانون الفرنسى ينظم بيانات الإعلان بمقتضى القرار الوزارى الـذى أصدره وزيـر الاقتصـاد الفرنسى فى ٢١ يناير ١٩٧٦[٢]. وطبقا لمقتضى هذا القرار يجب أن يتضمن الإعلان بيانات تبين موضوع المناقصة مـع الشـروط الأساسـية لها ، والجهة التى تسحب منها كراسات الشروط ويقـدم إليها العطاءات ، وميعاد البت فى المناقصة وكذلك المستندات التى يجب تقديمها مع العطاء[٣] .

وفـى مصـر فإن المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الجديـد تنص على « يجب أن تعد كل جهة قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك فـى المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها كراسة خاصة بمستندات الطرح تشـمل الشـروط العامـة والخاصـة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم

---

(١) سعاد الشرقاوى - العقود الإدارية - المرجع السابق - ص٣٦٩ .

(٢) J. O. 30 Janvier 1976 p. 765 .

(٣) De Laubabadere: op. cit . p. 596

Auby (Jean- Français) : L'Europe des Marchés publics. A. J. D. A Avril 1990 p. 258 .

الأصـــناف أو الأعمـــال وملحقاتها. وهى ما اصطلح على تسميتها بكراسة الشروط».

٢- تحديد شروط المناقصة :

من النادر عمليا أن يتضمن الإعلان عن المناقصة ، كافة المعلومات والشــروط الــتى تحددها الإدارة لإجراء المناقصة . ولذلك فإن الإعلان عن المناقصـــة يحيل فى تحديد موضوع المناقصة والشروط المتطلبة فيه وكافة بياناته إلـــى ما يعرف بكراسة الشروط التى تعدها جهة الإدارة بخصوص موضـــوع المناقصة . والتى تتضمن قوائم الأصناف أو الأعمال . وفى واقع الأمر تتضمن كراسة الشروط كثيرا من أحكام العقد المزمع إبرامه بعد إتمام إجـــراءات المناقصة كما أنه كلما كانت فى شروطها عامة مجردة كان ذلك تطبـــيقاً عملـــياً لمـــبدأ المنافســـة ، وضرورة التسوية بين من يوجه إليهم الإعلان فى المناقصة[1] .

وقـــد بينـــت المـــادة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كيفـــية تحديـــد هـــذه الشروط إذ نصت على أن «يكون الطرح على أســـاس مواصـــفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة وتراعى المواصفات القياسية المصرية ومواصـــفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التى تصدرها أو تعـــتمدها الجهات الفنية المختصة . وفى الحالات التى يتم فيها الطرح على أســـاس عيـــنات فيجـــب الـــنص على وزنها أو مقاسها أو حجمها ، وفى الأصـــناف الـــتى يلـــزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات

---

(1) De Laubadere : op. cit . p. 610 .
Quancard (m) : op. cit . p. 68 .
Le Clére (J) : op . cit p. 68 .

وسعتها ومواصفاتها . ويكون الطرح على أساس العينات النموذجية الخاصة بالجهة الإدارية فى الحالات التى يتعذر فيها توصيف موضوع المتعاقد توصيفا دقيقا ويجوز فى هذه الحالة بيع نموذج منها لمقدمى العطاءات ويجب بالنسبة إلى مقاولات الأعمال إعداد الرسومات الفنية اللازمة .

ولا شك أن كراسة الشروط وما تحتويه من بيانات تمثل أهمية كبيرة فى تشكيل موقف المقاول أو المتعهد الذى يتقدم للتعاقد مع الإدارة وهذا يستلزم وجوب البحث فى الطبيعة القانونية لكراسات الشروط . وهل تعتبر جزءا من العقد الذى يتم إبرامه بين أحد المتقدمين بعطاءاتهم ؟ وما هو حكم القانون فى حالة التعارض بين نصوص العقد وما ورد فى كراسة الشروط . أو فى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ؟

٣- الطبيعة القانونية لكراسات الشروط :

تعد كراسات الشروط التى تعدها الجهة الإدارية وتبين فيها قوائم الأصناف أو الأعمال موضوع المناقصة جزءاً لا يتجزأ من العقد وتمثل الشروط والمواصفات التى تحتويها أساساً للتعاقد بين جهة الإدارة ومقدم العطاء ، حتى ولو لم ينص على ذلك فى مضمون العقد الذى تم إبرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها .

ولا يقدح فى هذا النظر أن الإعلان عن المناقصة وطرح كراسة الشروط للمخاطبين بهذا الإعلان لا يمثل سوى دعوة للتعاقد ، ولا يتضمن إيجاباً من قبل الإدارة . فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء . على أن هذا الإيجاب لا تتحدد معالمه وشروطه إلا بناء على الشروط والأحكام التى قررتها الإدارة ، فى كراسة الشروط[1].

---

(١) De Laubadere : op . cit . P. 611 .

وترتيباً على ذلك ، قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها أن « الأصل أن من يوجه الإيجاب فى العقد الإدارى إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتى تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك فى ذلك ، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا أراد الخروج فى عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء [(١)].

وعلى ذلك فإن الشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط هى أساس التعاقد بين جهة الإدارة وأحد العطاءات المقدمة ، على أنه يجدر التساؤل عن الحل عند تعارض الأحكام المنصوص عليها فى كراسة الشروط عن تلك التى وردت فى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ؟

والأمر لا يخلو من أحد فرضين :

الفرض الأول : أن ينص العقد صراحة على الإحالة إلى نصوص قانون المناقصات ولائحته التنفيذية . وهنا تكون هذه الشروط أساس التعاقد. فعلى أساسها وفى ضوء أحكامها تقدم المتعاقد مع الإدارة بالعطاء .

الفرض الثانى : خلو العقد من الإحالة على نصوص قانون المناقصات ولائحته التنفيذية فهنا لا تعتبر هذه النصوص جزءاً من العقد إلا بالقدر الذى لا تتخالف فيه مع نصوص العقد وما ورد بكراسة الشروط فإذا خالفتها وجب تغليب نصوص العقد وما ورد فى كراسة الشروط .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – طعن رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ سابق الإشارة إليه .

وقـد ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن لائحة المناقصات والمزايدات لا تعتبر جزءاً من العقد ما لم يتضمن العقد أحكامهـا أو الإحالـة عليها باعتبارها جزءاً مكملاً له وأنه إذا تضمن العقد مخالفة صريحة لأحكام اللائحة فتكون العبرة بأحكام العقد نفسه[١].

وقـد ذهبـت المحكمـة الإدارية العليا في حكم لها إلى أن الحكمة المـتوخاة مـن النص على غرامات التأخير في العقود الإدارية هي ضمان تنفـيذ العقـود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامـة بانـتظام وإطـراد وأنه إذا تضمنت كراسة الشروط تحديداً لمقدار الغـرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها فـإن مقـدار الغـرامة حسـبما نصت عليه هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللائحي »[٢].

ثانياً : تحديد من له حق الاشتراك في المناقصة :

مـبدأ المسـاواة الـذي يحكـم إجـراءات المناقصة يتقيد بطبيعة المناقصـة، فليس ثمة تعارض بين مبدأ المساواة وبين قصر الاشتراك في المناقصـة علـى مقاوليـن محدديـن أو مشروعات محددة وهو ما يعرف بالمناقصـة المحدودة أو المقيدة . أو قصرها على الأشخاص والمشروعات

---

(١) فـتوى رقـم ٤١٧ فـى ١٩٦٧/٤/١٥ - الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ١٨ ص٩٧٣ .

(٢) الطعـن رقـم ٩٤ لسنة ٩ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١١ المجموعة في ١٥ سنة المبدأ ١١٨ ص٢٠٦ وحكمهـا فـي الطعـن رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٦٨/١/٦ وحكمهـا فـي الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٧٤/٦/٢٩ الموسوعة الإدارية جـ١٨ ص٦٩٣ .

المحلــية داخل نطاق محافظة معينة وذلك في حالة المناقصة المحلية وذلك كما يلي :

فالمناقصـــة المقـــيدة ، تختلف عن المناقصة المفتوحة في أن حق الاشتراك في المناقصة المقيدة مقصور على أشخاص أو مشروعات معتمدة لـــدى جهـــة الإدارة فـــي ســـجلات وكشوف تعد لهذا الغرض ، والمناقصة المحـــددة تخضـــع لذات القواعد التي تخضع لها المناقصة المفتوحة إلا ما تعلـــق مـــنها بطريقة توجيه الدعوة للدخول في المناقصة . ففي حين توجه الدعـــوة في المناقصة المفتوحة للكافة فإن هذه الدعوة تقتصر على أسماء المقاوليـــن المقيديـــن والموردين المسجلين لدى الإدارة في سجل خاص[١]. وتـــنص المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه «فـــيما عـــدا مـــا تقـــدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والإجـــراءات والشروط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة» .

والمناقصـــة المقيدة – وإن كان اللجوء إليها استثناء من أصل عام يقتضـــي الأخذ بالمناقصة المفتوحة – إلا أنها تطوير حديث لنظام المناقصة العامـــة المفـــتوحة . والـــتي مـــن خلالها تستطيع الإدارة أن تتخير بعض الأشـــخاص أو المشـــروعات الـــتي ترى كفايتهم من الناحية الفنية أساسا للتعاقد معها في موضوع المناقصة .

وحـــددت المادة الثالثة من قانون المناقصات الجديد مجال الأخذ بها بنصـــها على ما يلي « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحددة في الحالات

---

(١) De Laucadere : op . cit . pp. 617 et s.
Quancard (M) : op . cit . p . 111.

التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج ، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة » .

وحسب ما تقضي به المادة ٣٤ من اللائحة التنفيذية يكون اللجوء إلى المناقصة المحدودة بقرار مسبب من السلطة المختصة .

وأخيرا المناقصة المحلية :

أجاز القانون في المادة الرابعة منه اختيار الإدارة للمتعاقد معها عن طريق مناقصة محلية يعلن عنها داخل نطاق المحافظة . وفي هذه الحالة فإنه توجه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد والذين تعتمد أسماؤهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم وذلك بموجب خطابات موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بعشرة أيام على الأقل ، وفي حالة الاستعجال يتم إرسالها مع مخصوص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام هذه اللائحة (م٣٧ من اللائحة التنفيذية) .

ويكون اللجوء إلى المناقصة المحلية في إطار ما يلي :

١ - ألا تزيد قيمة التعاقد موضوع المناقصة عن مائتي ألف جنيه .

٢ - تخضع المناقصة المحلية فيما عدا ما سبق للقواعد التي تخضع لها المناقصة العامة .

أسلوب التعاقد	الإعلان	المدة
المناقصة العامة	الإعلان مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار .	يجب ألا تقل المدة من تاريخ أول إعلان حتى تاريخ فتح المظاريف عن ٣٠ يوماً ويجوز تقصيرها إلى ٢٠ يوماً في حالات الاستعجال .
المناقصة المحدودة	الإعلان بخطابات موصى عليها لأكبر عدد من المقيدين بسجل الموردين أو المقاولين .	يكون ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بخمسة عشر يوما على الأقل .
المناقصة المحلية	خطابات موصى عليها للموردين والمقاولين المقيدين في النطاق المحلي للجهة الإدارية والمشتغلين بنوع النشاط.	قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بعشرة أيام وفي حالات الاستعجال ترسل الخطابات مع مخصوص قبل الموعد بثمان وأربعين ساعة على الأقل .
الممارسة العامة	الإعلان مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار كما في المناقصة العامة .	ألا تقل المدة عن ٣٠ يوماً من أول إعلان ويجوز تقصيرها إلى عشرة أيام في حالات الاستعجال .
الممارسة المحدودة	خطابات موصى عليها .	ألا تقل المدة عن ١٥ يوماً وفي حالات الاستعجال يجوز ارسالها مع مخصوص قبل الموعد بـ ٥ أيام على الأقل.

الفرع الثالث

تقديم العطاء

يقتضـــي مبدأ حرية المنافسة الذى يحكم إجراءات المناقصة العامة أن يتمكن جميع المقاولين والموردين الذين تتوافر فيهم الشروط من التقدم بعطـــاءاتهم إلى جهة الإدارة وفق الشروط وفي الحدود التي يحددها القانون أو تنص عليها كراسات الشروط التي تعلنها جهة الإدارة .

علـــي أنه إذا كان مبدأ حرية المنافسة يقضي حتما بضرورة التسليم بحـــرية المقـــاول أو المورد بالتقدم بعطائه . إلا أن القانون أعطى للإدارة ســـلطة تقديرية في استبعاد العطاء الذى ترى لأسباب يحددها القانون أو تقدرها الإدارة استبعاد عطاء بعينه من التقدم في المناقصة .

وعلـــي ذلـــك سوف نتناول في هذا الفرع أولاً : كيفية إعداد العطاء وتحديد مرفقاته ، وثانياً : سلطة الإدارة في قبول العطاء وذلك على الوجه التالي :

أولاً : إعداد العطاء ومرفقاته :

بعـد الإعـــلان عـــن المناقصة على الوجه الذى سبق بيانه ، فإن المقاوليـــن أو الموردين الذين يحق لهم دخول المناقصة العامة سواء كانت مفتوحة أو مقيدة يستطيعون تقديم عطاءاتهم في الحدود التي حددتها الإدارة .

وكقاعدة عامة ، فإن إعداد العطاء إنما يكون وفقا للشروط والقيود والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة . ويجب على مقدم العطاء أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها جهة الإدارة الداعية إلى التعاقد .

كمـــا أن القـــانون قد يشترط أن يقترن العطاء بمرفقات معينة وذلك

كتأميـــن أو وثائق معينة . وعلى ذلك سوف نبحث هذا المطلب على فرعين الأول : نبحث كيفية إعداد العطاء والثانى نبحث فيه مرفقات العطاء .

١- إعداد العطاء :

إعـــداد العطاء وإن كان يخضع لإجراءات شكلية معينة تنص عليها اللوائح المعينة بتنظيم المناقصات العامة أو تحددها جهة الإدارة فى كراسة الشروط المصاحبة لإجراءات المناقصة .

وحســب مــا اســتحدثه القــانون الجديــد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ للمناقصات العامة فإن يجب تقديم مظروفين أحدهما فنى والآخر مالى .

أ - تقديم عرض فنى وعرض مالى :

العرض الفنى :

حــددت المادة ١٠ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ طريقة تقديم العطــاءات وذلــك بنصــها على أن «تقدم العطاءات فى مظروفين أحدهما للعــرض الفــنى والآخــر للعرض المالى ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنياً وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات التى تبينتها اللائحة التنفيذية» .

وحــددت المــادة الثامــنة من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المفــردات الــتى يجــب أن يتضــمنها المظروف الفنى بنصها على ما يلى «ويحــتوى المظــروف الفــنى على التأمين المؤقت المطلوب بالإضافة إلى البيانات والمستندات التى ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها للتحقق من مطابقة العرض الفنى للشروط والمواصفات المطروحة وتوافر الكفاية الفنية والمقــدرة المالــية لــدى مقدمى العروض بما يتناسب مع طبيعة موضوع التعاقد وعلى الأخص :

- جميع البيانات الفنية عن العرض المقدم ، طريقة التنفيذ ، البرنامج الزمني للتنفيذ ومدته ، الكتالوجات والبيانات الخاصة بمصادر ونوع المواد والمهمات والأجهزة المقدم عنها العرض . بيان مصادر ونوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة التي تستخدم في التنفيذ ، قائمة بقطع غيار ومستلزمات التشغيل مع بيان معدلات استهلاكها .

- بيانات عن أسماء ووظائف وخبراء الكوادر التي سيسند إليها الإشراف على تنفيذ العملية . بيانات كاملة عن الشركات التي قد يسند إليها جزء من التنفيذ ، والمستندات الدالة على وجود مركز صيانة معتمد ، - سابقة الأعمال وغير ذلك من البيانات التي تحدد مركز مقدم العطاء وقدرته على إنجاز الأعمال محل المناقصة .

العرض المالي :

نصت المادة ٨ من اللائحة التنفيذية على أن «... ويحتوي المظروف على قوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وغيرها من العناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض وفقا لما تقضي به شروط الطرح ...» وتحديد السعر يخضع لقواعد معينة حددها القانون . وهي كما يلي :

أ- ضرورة كتابة السعر بشكل معين :

فالمادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص في فقرتها الأولى على أن « تكتب أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقماً وحروفا باللغة العربية . ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل في الوحدة .

ويجــوز فــى حالــة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتــب الأســعار بالعملــة الأجنبية وتتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن فى تاريخ فتح المظاريف .

ووفقــا لذلــك فــإن القانون يشترط تحديد السعر بصورة تمنع أى خــلاف حول حدوده وقيمته فاشترط بداءة أن يكتب بالحروف والأرقام -وأن يبين سعر الوحدة بخلاف السعر الإجمالي .

وإذا حدث خلاف بين السعر الإجمالي وبين السعر المحدد لكل وحدة فإنــه يــأخذ بالســعر لكل وحدة . أما إذا حدث تعارض بين السعر المبين بالأرقــام والســعر المكتوب بالحروف فإنه ينبغى أن يؤخذ بالسعر المكتوب بالحروف تفقيطاً .

ووفقا لنص المادة ٥٥ سالفة الذكر – يجب الالتزام بما يلى :

- لا يجوز الكشط أو المحو فى جدول الفئات وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب إعادة رقماً وحروفاً وتوقيعه .
- لا يجــوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنــية أو إجراء تعديل فيه مهما كان نوعه . وإذا رغب فى إبداء أيــة ملاحظــات خاصــة بالــنواحي الفنية فيثبتها فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى .

ولا يلتفت إلى أى إدعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه إذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية.

- إذا ســكت مقــدم العطــاء فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد صــنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة السعار المقدمة منه

فيعتبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف. أما فى مقاولات الأعمال فللجهة الإدارية مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقبولة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات فإذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك .

- يبين فى قائمة الأسعار ما إذا كان الصنف مصنوعاً فى مصر أو فى الخارج ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم مقدم العطاء من سجل الموردين .

- الفئات التى حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة إلى كل بند من البنود وكذلك تشمل القيام باتمام توريد الأصناف وتنفيذ جميع الأعمال وتسليمها للجهة الإدارية والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقا لشروط العقد وتتم المحاسبة النهائية بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى .

ب- ضرورة أن يكون السعر نهائياً :

ونعنى بذلك أن يكون سعر الوحدة أو الوحدات محدداً بصفة نهائية لا رجعة فيه[1] . ومن ثم فإنه لا يجوز أن ينص مقدم العطاء فى عطائه على

---

(١) C.E 20 Dec. 1968- vile de lyon-R.D.P.p 727.

خفـض نسـبة مـئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة . فالمادة ٦٤ من اللائحـة التنفـيذية لقانون المناقصات المصرى تنص على «.. ويعول على السـعر المبين بالحروف ، ولا يعتد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة» .

وتطبـيقاً لذلـك ذهبت لإدارة الفتوى لوزارة الصحة إلى أن المادة (٦٢ مـن اللائحـة المقابلـة للمـادة ٦٤ من القانون الجديد) قررت حكماً صريحاً قاطعاً فى عدم الاعتداد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة وذلك مرده إلى أن المشرع جعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أى تمييز لأحد أو استثناء وإلا اختل الـتوازن واضـطرب حـبل المنافسـة الـذى يقوم على تكافؤ الفرص من عقدها[1].

ج - زيادة الأسعار المقدمة فى العطاء بقيمة الضرائب التى تستجد بعد تقديم العطاء :

تـنص المـادة ٦٦/ د مـن اللائحة التنفيذية للقانون على أنه «إذا حـدث تغيـير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصـل عـن الأصـناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وأخر موعـد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة لـه فيسوى الفـرق تـبعاً لذلك بشرط أن يثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصـناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما فى حالة ما إذا كـان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المتعهد أنه

---

(١) فـتوى رقـم ٤٩٠ بتاريخ ١٩٨٩/٦/١٥ ملف رقم ٦٨/٢/٧٥ . أحمد منصور : المرجع السابق – ص٩٢ .

أدى الرسوم على أساس الفئات قبل التعديل» .

وقـد عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إبداء الـرأى فـى مدى أحقية إحدى الشركات فى الحصول على قيمة الزيادة فى الرسـوم الجمركـية على الأجهزة المتعاقد عليها نتيجة تغير مقابل الدولار الأمريكى الذى كانت تحسب عليه الرسوم من ٧٠,٧ قرشاً إلى ١٣٥ قرشاً، فذهبـت إلى أن «المشرع استهدف أن تتحمل الجهة المتعاقدة بقيمة الفرق فـى حالـة زيادة الضرائب والرسوم الجمركية عما كانت عليه خلال الفترة الواقعـة بيـن العطاء وآخر موعد للتوريد دون تفرقة بين ما إذا كان سبب هـذه الزيادة هو زيادة التعريفة الجمركية أو زيادة سعر الصرف الذى كانت تحسـب الرسـوم الجمركية على أساسه كما هو الشأن بالنسبة لزيادة سعر الـدولار فـى خصـوص المحاسـبة علـى الرسـوم الجمركية فى الحالة الماثلة»[1].

٢- مرفقات العطاء :

قد يتطلب القانون مرفقات معينة يجب على مقدم العطاء أن يقدمها مـع عطائـه ومـن ذلـك مـا تنص عليه المادة السابعة عشر من قانون المناقصـات رقـم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أنه «يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأميـن مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز ٢% مـن القـيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ » .

كما أن العطاء قد يقترن بتحفظات معينة تؤثر على أولويته وترتيبه

---

(١) فتوى الجمعية العمومية – جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ ملف رقم ٣٥١/٢/٣٧ .

بين العطاءات وعلى ذلك سوف نتناول بالبحث : التأمين الابتدائى وأحكامه والمشاكل العملية التى يثيرها . والتحفظات المصاحبة للعطاء .

١ - التأمين الابتدائى :

وضرورة وجود التأمين الابتدائى فى الحالات التى استلزمه فيها القانون ، أمر فى غاية الأهمية حيث يترتب على تخلفه أو عدم كماله بالصورة التى حددها القانون استبعاد العطاء والالتفات عنه وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا «ومن حيث أن الثابت فى الواقعة المعروضة أن العطاء الذى تم إرساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدماً من مؤسسة خاصة غير مصحوب بتأمين مؤقت كما لم يتم تدارك هذه المخالفة بسداد التأمين النهائى كاملاً الذى هو شرط للنظر فى هذا العطاء ورغم ذلك فإن لجنة البت نظرت فى هذا العطاء ولم تستبعده بل أرست المناقصة عليه فإنه فى هذا الشأن يعد مخالفاً للحكم الصريح الذى أورده المشرع[١] .

وفصلت المادة ٧ من اللائحة التنفيذية على الأحكام التفصيلية للتأمين كما يلى «تؤدى التأمينات نقداً بإيداعها بخزينة الجهة الإدارية بموجب ايصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ وتقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل وإذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٢١٧٤ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٩٠/٣/٣١ – الموسوعة الإدارية – جـ٣٥ ص٣٠٩ .

يدفـــع تحـــت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازى التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائـــه بأكملـــه عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أى معارضة من مقدم العطـــاء وعـــندما يـــرد لإحدى الجهات الإدارية خطابات ضمان عن التأمين المســتحق من أحد المصارف المرخص لها في إصدار خطابات الضمان أو فـــروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على خطابـــات الضـــمان بأنـــه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف في إصدارها .

فـــإذا تبين عند مراجعة الإخطارات بوزارة الاقتصاد أن المصرف قد تعـدى الحـــد الأقصـــى المحـــدد لـــه اخطرت الجهة الإدارية فوراً لمطالبة المصـــرف بـــأن يؤدى إليها في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضـــمان نقـــداً وإذا كانت خطابات الضمان محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريان الخطاب عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات . وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ مـــن وقـــت إصداره إلى ما بعد انتهاء تنفيذ العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك .

ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لـــدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي» .

وسوف نقوم بتفصيل أحكام التأمين الابتدائي على النحو التالي :

أ- بيان صور التأمين الابتدائي .

ب- كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائي .

ج- الخطأ في حساب قيمة التأمين الابتدائي .

د- حالات الإعفاء من التأمين الابتدائى .

وذلك كله على الوجه التالى :

١- صور التأمين الابتدائى :

حـــددت المـــادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات صور التأمين الابتدائى وهى كالآتى :

١- التأمين النقدى . ٢- الشيكات . ٣- خطاب ضمان .

وذلك على التفصيل التالى :

- التأمين النقدى :

والتأمين النقدى هو الصورة الأولى لدفع قيمة التأمين لجهة الإدارة ويـــتم ســـداد التأمين بذات العملة التى حددتها كراسة الشروط . وقد تكون عملة أجنبية إذا كانت المناقصة مناقصة دولية .

وتنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون المصرى فى فقرتها الأولـــى علـــى هذه الصورة حيث تقضى بأنه تؤدى التأمينات نقداً بإيداعها بخزيـــنة الجهـــة الإداريـــة بموجـــب إيصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ .

علـــى أن المادة ٧٠ من اللائحة نصت على صورة أخرى من صور التأميـــن النقدى هو المقاصة بين دين لمقدم العطاء لدى جهة الإدارة وبين قـــيمة التأمين الابتدائى وذلك بشرط أن يكون الدين المستحق لمقدم العطاء لـــدى الإدارة مبلغاً نقدياً وأن يكون صالحاً للصرف وقت تقديم العطاء وأن يكون مستغرقاً لقيمة التأمين .

وفـــى هـــذه الحالـــة يتم اقتضاء جهة الإدارة للتأمين الابتدائى عن طريق المقاصة القانونية . وعلى ذلك تنص المادة ٧٠ حيث تقول «ويجوز لمقـــدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقه لـــه لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء» .

- الشيكات:

تـــنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرى علـــى أن «وتقـــبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقـــبول مـــن المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة. ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية» .

ووفقـــا لمـــا سبق . فإنه وفقاً للقانون المصرى أداء مبلغ التأمين الابتدائى عن طريق شيك على أنه يجب أن يشترط :

١ - أن يكـــون الشـــيك مقبول الدفع من المصرف المسحوب عليه ومؤشراً عليه بذلك .

٢ - إذا كـــان الشيك مسحوباً على بنك أجنبى فى الخارج فيجب أن يؤشـــر عليه بأنه مقبول الدفع من أحد المصارف المعتمدة لدى جهة الإدارة سواء كانت فى مصر أو فى الخارج .

٣- يمكـــن فـــى حالة وجود ضمانات تقدر الإدارة كفايتها وجديتها قـــبول الشـــيكات العاديـــة دون أن تكـــون مصـــرفية أو معتمدة من البنك المسحوب عليه .

- خطابات الضمان :

خطـاب الضمان هو خطاب يصدره البنك يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ نقـدى معيـن عـند أول طلـب يقدم إليه من المستفيد الذى صدر الخطاب لصالحه ، وذلك إذا قدم هذا الطلب خلال المدة المحددة لصلاحية الخطاب[1].

واسـتخدام خطـاب الضـمان كتأمين لدخول المناقصات العامة هو الأكـثر شيوعاً فى العمل . وقد نصت المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية على «وإذا كـان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمـر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكملـه أو تحديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء» .

وعلـى ذلـك فإن القانون المصرى يشترط فى خطاب الضمان الذى يقدم كتأمين دخول للمناقصة العامة ما يلى :

١ - أن يصـدر خطاب الضمان من أحد المصارف المحلية المعتمدة وعلى ذلك فإنه لا يصح وفقا للقانون المصرى ولائحته التنفيذية قبول جهة الإدارة لخطاب ضمان صادر عن بنك غير مقيم فى مصر .

٢ - إلا يقـترن خطاب الضمان بقيد أو شرط . فلا يجوز أن يشترط البنك فيه مثلاً عدم التزامه بقيمة خطاب الضمان إلا بعد الرجوع إلى العميل

---

(١) محمـود مخـتار بريـرى - قانون المعاملات التجارية - الجزء الثانى - عمليات البنوك - الإفلاس ١٩٩٣ ص١٤٨ .

أو أن يوقف تسييل قيمته لجهة الإدارة على شروط معينة . فخطاب الضمان يعنى أن البنك يرتضى أن يدفع إلى جهة الإدارة مبلغ التأمين بمجرد الطلب. ولا يكون لعميل البنك الذى أصدر الخطاب بناء على طلبه أى دخل فى هذه العملية . فخطاب الضمان – ينشئ علاقة مباشرة بين البنك وبين جهة الإدارة – ولا يكون له أن يطالب جهة الإدارة الصادر لمصلحتها خطاب الضمان بخصم ما قد يكون مستحقاً لها فى ذمته فى قيمة خطاب الضمان «فخطاب الضمان لا يمثل حقاً للمتعهد إذ أنه طبقاً للتكييف القانونى السليم كفالة شخصية من البنك للمتعهد تأمينا لتنفيذ العقد الذى أبرمه مع الوزارة، فليس ثمة مبالغ مستحقة لهذا المتعهد حتى يجوز الخصم منها وفاء لمبالغ مستحقة للحكومة عن عقود أخرى[١] .

٣- التزام البنك بأمر جهة الإدارة الصادر لمصلحتها الخطاب حسبما تراه دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء . فيجب أن يؤدى قيمة الخطاب بالكامل أو فى جزء منه وعليه أن يلتزم بطلبها فى مد سريان مدته مدة أخرى كل ذلك حسب ما تراه جهة الإدارة «فلا يجوز لمصدر خطاب الضمان أن يمتنع عن الوفاء بقيمة التأمين إلا برضاء المصلحة التنازل عنه أو انتهاء أجل سريانه[٢] .

٢- كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائى :

تنص المادة ١٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات العامة فى مصر على أنه يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين

---

(١) فتوى الجمعية العمومية رقم ١٣٨ فى ١٩٦١/٢/١١ الموسوعة جـ١٨ ص٩٣٧.

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم ١١٢٠ فى ١٩٦٣/١٠/١٦ – المرجع السابق ص٩٣٩ .

مؤقت لا يقل عن ٢% من القيمة التقديرية للعطاء.

وإذا كان القانون قد نص على نسبة التأمين الابتدائي التي يجب أن يقدم مع العطاء على الوجه السالف بيانه إلا أن الأمر في أحيان غير قليلة قد يثير بعض الالتباس في حساب هذه القيمة وذلك كما يلي :

أ - حساب التأمين الابتدائي في العطاء غير محدد الموضوع :

ففي هذه الحالة يصعب أن تحدد الكميات التي يجري عليها التعاقد . ومثال ذلك طلب التعاقد مع أحد المستشفيات لعلاج المرضى المحولين من قبل التأمين الصحي . أو تقديم أدوية غير معينة النوع أو المقدار إلى أحد الأجهزة الحكومية ، في مثل هذه الحالات يتعذر حساب التأمين الابتدائي على الوجه الذي حدده القانون . وذلك لأنه لا يمكن التنبؤ بعدد المرضى الذين سوف يحولون إلى هذه المستشفى للعلاج كما في المثال الأول . كما لا يمكن حساب القيمة الإجمالية لتوريدات الأدوية إلى المستشفى الحكومي في مدة معينة .

وحساب التأمين الابتدائي في مثل هذه الحالات يكون بتحديد مبلغ معين يقوم مقدم العطاء بدفعه إلى جهة الإدارة . والإدارة عندما تحدد هذا المبلغ تأخذ في اعتبارها الدراسات التي تجريها لتحديد متوسط احتياجاتها السنوية. وذلك من واقع السنوات السابقة .

ب- حساب التأمين في حالة تقديم عطاء أكثر تميزاً وتطوراً :

في أحيان كثيرة يكون موضوع العطاء توريد أجهزة معينة ويتقدم صاحب العطاء بعطائه . متضمنا عرضاً أخر لتوريد أجهزة مماثلة ولكنها أكثر تطوراً من الأجهزة التي تطلبها الإدارة في المناقصة .

فهـل تحسـب قـيمة التأميـن على العطاء الأصلى أم على العطاء المـرادف ؟ نـرى فـى هذه الحالة أن يحسب التأمين على العطاء الأعلى سـعراً. فإذا قبلته الإدارة كان العطاء قانونياً وأما إذا لم تقبله الإدارة ردت علـى مقدم العطاء فروق التأمين الابتدائي أو حسبته من التامين النهائي . وتطبـيقا لذلك أصدرت الهيئة العامة للخدمات الحكومية كتاباً دورياً رقم ٩ لسنة ١٩٨٨ جاء فيه :

وقـد لوحـظ أثناء التطبيق العملى لأحكام القانون أن بعض مقدمى العطـاءات يـتقدمون بعطاءات أصلية وأخرى مرادفة وسداد تأمين مؤقت واحـد عـنها وفـى حالة عدم كفاية التأمين عن العطاء الأعلى قيمة فيهما ونظـراً لمـا يترتب على ذلك من استبعاد عطاءات مستوفاة لشرط التأمين وتمـثل أقـل الأسـعار فى المناقصة وصالحة فنياً مما يترتب عليه إلحاق الضـرر بمصالح الخزانة العامة ، خاصة فى حالة زيادة سعر العطاء التالى زيـادة كبيرة ورفض صاحبه النزول بسعره إلى مستوى أسعار العطاء الأقل سعراً والذى تم استبعاده على النحو المذكور .

لذلـك فـتوجه الهيئة العامة للخدمات الحكومية نظر كافة الجهات المعنـية إلـى أنه بالنسبة للعطاءات التى تكون مصحوبة بعطاءات مرادفة يقتصـر الاسـتبعاد على العطاء الذى تقل نسبة التأمين المؤقت المقدم عنه عن النسبة المقررة قانوناً سواء كان أصلياً أو مرادفاً مع نظر العطاء الآخر طالمـا أنـه مسـتوف لشـرط التأمين الكامل ومقبول فنياً ومطابق لسائر الشـروط بمـا يتيح للجهة الإدارية نظر أكبر عدد ممكن من العطاءات بغية الوصول إلى أفضلها شروطاً وأقلها سعراً»(١) .

---

(١) أحمد منصور – المرجع السابق – ص١٢٦ .

ج - يجب أن يدخل فى حساب التأمين الابتدائى كافة الرسوم الجمركية والضرائب :

تنص المادة ٦ من قانون الضريبة العامة على المبيعات على أنه «تستحق الضريبة بتحقق واقعة بيع السلعة أو أداء الخدمة بمعرفة المكلفين وفقا لأحكام هذا القانون . كما تستحق الضريبة بالنسبة إلى السلع المستوردة فى مرحلة الإفراج عنها فى الجمارك بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة الجمركية ، وتحصل وفقا للإجراءات المقررة فى شأنها» .

وبالمقابل استوجبت المادة ٦٦/د من اللائحة التنفيذية أن يراعى فى وضع الأسعار بالعطاء أن تشمل جميع أنواع الضرائب والرسوم السارية وقت تقدم العطاء ومن ثم يجب أن يدخل فى حساب التأمين الابتدائى كافة الرسوم الجمركية والضرائب . وتطبيقا لذلك ذهبت إدارة فتوى رئاسة الجمهورية إلى أن « المشرع أوجب على صاحب العطاء أن يقدم مع عطائه تأميناً مؤقتاً ، وذلك ضماناً لجدية مقدم العطاء ، وتبعاً لذلك فإن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء وفقاً للنسبة المقررة قانوناً شرط أساسى للنظر فى عطائه وهذا الشرط مقرر للصالح العام . كما أوجب المشرع على مقدم العطاء أن يراعى عند وضع الأسعار بالعطاء أن يكون السعر شاملاً لرسوم الجمارك وجميع أنواع الضرائب السارية وقت تقديم العطاء . لما كان ذلك وكانت عبارة الضرائب وقت تقديم العطاء (م٦٤د والمقابلة للمادة ٦٦د) قد وردت عامة مطلقة ، ومن ثم فهى تشمل كافة أنواع الضرائب التى تستحق على الأصناف الموردة وقت تقديم العطاء ومنها ضريبة المبيعات»[1].

---

(١) فتوى رقم ٢٧ بتاريخ يناير ١٩٩٣ ملف رقم ١٢٨٥/١٠/٩٣ . المرجع السابق ص١٣١ .

٢- الخطأ فى حساب التأمين الابتدائى :

لا شك أن البيان المتعلق بقيمة التأمين الابتدائى فى العطاء يعد من البيانات الأساسية والجوهرية فى العطاء . فهو الذى يبرهن على جدية مقدم العطاء فى تقديم عطائه ومدى التزامه به وهو الأمر الذى استدعى أن يفصله القانون تفصيلاً سواء من حيث صوره أو من حيث كيفية حسابه على النحو الذى سبق أن بيناه .

بل إن القانون جعل من مصادرة التأمين الابتدائى جزاء يوقع على صاحب العطاء إن هو أخل بالتزامه بالإبقاء على أيجابه حتى تبت جهة الإدارة فى أمر المناقصة وتفاضل بين العطاءات المقدمة .

وترتيباً على ما سبق فإنه يثور التساؤل عن حكم الخطأ فى حساب التأمين الابتدائى أو فى تدوينه بالعطاء ؟

بداءة : نستبعد من نطاق البحث هنا مسألة الخطأ المادى وزلات القلم. ففى هذه الأحوال يمكن التصحيح إن كان يسهل اكتشافه وينبئ عن حسن نية فى حدوث الخطأ . ومثال ذلك أيضا إذا تناقض الرقم المرقوم مع التفقيط فإنه يؤخذ بالتفقيط ، فذلك ما يرجحه القانون كما سبق أن رأينا فى مسألة تحديد السعر وهو أمر يصح استدعاؤه قياساً لحكم المسألة أيضا .

إنما الخطأ الذى نقصده هنا هو خطأ حسابى فى حساب التأمين الابتدائى أدى إلى اختلاف القيمة الموجودة فى العطاء عن القيمة الواجب تقديمها ، وفى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الأول : أن يؤدى الخطأ فى حساب التأمين إلى الزيادة فيه وهنا ليس يجوز أن يكون الأمر محل خلاف . فلاشك فى صحة العطاء وتلتزم جهة

الإدارة فـــى حالـــة إرســـاء المناقصـــة عليه أن تحسب الزيادة من التأمين النهائى .

أما الفرض الثانى : أن يـؤدى الخطأ فى حساب التأمين إلى خفض قيمته المقدمة مع العطاء عن القيمة المطلوبة فى إجراءات المناقصة .

وقـد عـرض الأمـر على الجمعية العمومية للفتوى والتشريع فى ٤ أكـتوبر ١٩٨٩ . والـتى ذهبـت إلـى أنه وقد سبق للجمعية العمومية لقســمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٦/٢/٥ ملف رقم ٥٤/١/٢٥٦ أن اسـتلزمت تقديـم التأميـن الابتدائى كاملاً مع العطاء وإلا وجب الالتفات عنه ذلك أن العديد من حقوق جهة الإدارة يتوقف ممارستها علـى أداء هـذا التأمين . وأنه وإن كان المشرع لم يقرر صراحة فى نص المادة ١٩ سابق الإشارة إليه جزاء على مخالفتها فإن القواعد العامة تقرر البطلان لإغفال إجراء جوهرى أوجب القانون مراعاته فى شأن المناقصات والمـزايدات ومن ذلك إغفال تقديم التأمين كاملاً مصحوباً بالعطاء ومن ثم يتعين الالتفات عن العطاء غير المقترن بالتأمين الابتدائى كاملاً .

وبمـا أنـه مـتى كان من المقرر وفقا لما تقدم أن العطاء يجب أن يكـون مصحوباً عند تقديمه بالتأمين المؤقت كاملاً ضماناً لسلامته وحرصاً علـى تحقيق المساواة بين المتناقصين وضماناً لجديتهم على أن يؤخذ فى الاعتبار أن الخطأ المادى الذى يتمثل فى زلات القلم والأخطاء الحسابية هو خطـأ غير مقصود يتعين تصحيحه وإعمال ما يترتب على هذا التصحيح من آثار .

وبما أنه تطبيقاً لما سبق على الواقعة المعروضة ، وكان الثابت أن الخطـأ الوارد بالعطاء فى أن مقدم العطاء وضع إجمالى البند بقيمة ٢٢٥٠

فـــى حين أن السعر الذى وضعه للوحدة هو ١٠٠ جنيه فى عدد ٢٥٠ أى الإجمالى الواجب حسابه هو ٢٥٠٠٠ جنيه مما لا يعد معه الخطأ هنا مجرد خطـــأ مـــادى ناتج عن العمليات الحسابية العادية التى يقترن بها احتمالات الخطـــأ والصواب ، وقد أثر وضع قيمة البند على هذا الأساس وعلى قيمة التأمين الابتدائى المقدم مع العطاء .. فجاءت أقل من النسبة المقررة قانوناً وهذا أمر يكشف عن عدم جدية المتناقص ومن ثم لا يسوغ صحة النظر فى تكملـــتها إلى القيمة المطلوبة لما فى ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين[1].

ب - التحفظات المصاحبة للعطاء:

اســـتقرت أحكـــام القضـــاء علـــى أن «.. إعلان الإدارة عن إجراء مناقصـــة أو مزايدة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعـــوة للتعاقد وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد»[2].

وعلـــى ذلك فإن الأصل العام أن مقدم العطاء يتقدم بعطائه إلى جهة الإدارة آخـــذاً فى اعتباره الشروط والمواصفات التى تضعها الإدارة تحديداً لموضـــوع المناقصة ، على أنه استثناء من هذا الأصل كانت المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الملغى تنص فى فقرتها الثالثة «.. وإذا رغـــب فـــى اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لعطائـــه على أن يشير إلى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل

---

(١) ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤ - بتاريخ ١٩٨٦/٢/٥ سابق الإشارة إليها .

(٢) المحكمـــة الإدارية العليا - الطعن رقم ٣٢٣ السنة ١٠ق جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة المبادئ فى ١٥ عاما ١٩٦٥ - ١٩٨٠ جـ٢ ص١٨٤٥ .

بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف ولا يعتد بما عدا ذلك من وسائل المراسلة » كما نصت المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد على أنه « إذا رغب في وضع أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية فيثبتها في كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفني » .

والمقصود بالتحفظات هي تلك الاشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العطاء بعطائه ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلنة أو حتى الخروج عليها . وفي تحديد معنى التحفظات ذكرت محكمة القضاء الإداري بأنها « كل شرط يضعه مقدم العطاء في عطائه ويكون مختلفاً عن الشروط التي تضعها جهة الإدارة أو يكون غير وارد فيها ويعتبر تعديلاً من المناقص لشروط العطاء أو بعبارة أدق يعتبر تحفظاً منه مقترناً بعطائه»[١] .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢[٢] إلى أن الأصل أن يوجه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك . وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا رأى الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

وعلى ذلك فإنه ترتيبا على ما سبق . فإن التحفظات يشترط فيها

---

(١) محكمة القضاء الإداري - دعوى رقم ١٧٥٣ جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨ س ١٠ق المجموعة س١١ ص٤٠١ .

(٢) سابق الإشارة إليه .

من ناحية أولى أن تكون ملحقة بالعطاء الأصلى ، ومن ناحية ثانية ألا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

كما أن هذه التحفظات قد تكون مالية وقد تكون غير مالية . ولا شك أن هذه التحفظات تؤثر على العطاء على وجه معين وبيان ذلك ـ على التفصيل التالى :

١- شروط صحة التحفظات :

يشترط لصحة التحفظات ما يلى :

أ- أن تكون ملحقة بالعطاء الأصلى ، بكتاب مستقل ويجب أن يتضمنها المظروف الفنى حسب ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية .

ب- يجب أن تكون هذه التحفظات ثانوية أى أنها تحفظات لا تنال من الشروط الجوهرية للمناقصة ، فإن كانت كذلك فإنها تصبح تعديلا لشروطها ومواصفاتها الفنية وهو أمر يتناقض مع آلية المناقصة العامة . والتى تقتضى بضرورة الاستبعاد للعطاء الذى لا يلتزم بشروط المناقصة ويخرج على مواصفاتها إلا إذا كان هذا الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التى لا تؤثر على الشروط الجوهرية للمناقصة .

٢- أنواع التحفظات :

التحفظات قد تكون تحفظات مالية وقد تكون غير مالية :

يقصد بالتحفظات المالية تلك التى تتعلق بطريقة الأداء المالى فى العقد الذى سوف يبرم بين مقدم العطاء وبين جهة الإدارة فى حالة قبول عطائه كاشتراط طريقة محددة للدفع ، أو ضرورة المحاسبة على أساس

الزيادة التى قد تطرأ على المواد الخام مثلا .. أو التحفظ بضرورة الأخذ فى الاعتبار الأعباء الضريبية التى قد تستجد بعد قبول العطاء . أو تحديد طريقة معينة لصرف دفعات مقدمة تحت الحساب وغير ذلك أما التحفظات غير المالية فإنها تتعلق غالباً بظروف العمل مثل اشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع كما فى عقود الإنشاءات والتشييد . أو التحفظ بزيادة مدة العملية بقدر مدة التأجير فى صرف المستحقات أو تحفظات فنية تتعلق بالمواصفات الفنية أو شروط الصيانة أو غير ذلك .

والجمعية العمومية للفتوى والتشريع تقر وجود النوعين من التحفظات ففى فتواها بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ [١] ذهبت إلى أن «تحفظ جميع المتناقصين بعطاءاتهم على أساس المحاسبة على أى زيادة تحدث فى أسعار مواد البناء خلال تنفيذ العملية – رسو العملية على أرخص العطاءات – وخلو لجنة البت من أى تعليق أو رفض لهذا التحفظ .. يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذى تقدم ويكون التعاقد قد تم فعلاً على أساس الشروط التى تقدم بها بما فى ذلك التحفظ الذى قدمه ...» .

أما عن التحفظات غير المالية فقد قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ١٦ مايو ١٩٩٣ أنه «.. الأصل المقرر فى تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى فى تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة فى تنفيذ التزاماتها المقابلة – هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذ ما

---

(١) فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ ملف رقم ٧٨/ ٢/ ١٤ جلسة ١٦/ ١١/ ١٩٨٣ مجموعة المبادئ القانونية التى تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع س ٣٧ ، ٣٨ – ١٩٩٥ ص٣٧٢ .

قـــدر أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته معها في الميعاد المحدد[١].

ثانيا : سلطة الإدارة في قبول العطاء :

وسلطة الإدارة في قبول العطاء تتضمن بحث أمرين :

الأول : شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة في الاستبعاد **أما الثاني**: فنتناول فيه الأثر القانوني المترتب على تصدير العطاء .

١ - شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة في الاستبعاد :

يســتلزم القــانون أن يتم تقديم العطاء إلى جهة الإدارة في الوقت المحدد لذلك كما اشترط أيضا أن يتقدم به صاحبه بطريقة معينة . وإذا كان العطــاء المقدم قد استوفى الشروط التي حددها القانون ، أو أعلنتها الإدارة فــي المناقصــة فإنه يجب على جهة الإدارة قبول العطاء[٢]. وإن كان قرار الإدارة بالقــبول لــيس قراراً تقديرياً إلا أنه في حالات معينة خول القانون الإدارة سلطة استبعاد العطاء .

وترتيــباً علــى ما سبق سوف نتناول في هذا الفرع أولا : شروط قبول العطاء ، وثانيا سلطة الإدارة في الاستبعاد .

أ - شروط قبول العطاء :

تــتعلق شــروط قبول العطاء بالميعاد الذي يصل فيه العطاء لجهة

---

(١) فتوى رقم ٥٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ مجموعة المبادئ ج٢ من أول مارس - ١٩٩٣ - حتى آخر سبتمبر - مكتوبة على الآلة الكاتبة ١٩٩٣.

(٢) De Laubadere : Op . Cit p 613 Quancard (M) : Op . Cit . pp . 82-83 .

الإدارة من ناحية أولى . وبكيفية إرساله من ناحية ثانية .

١- ميعاد وصول العطاء إلى جهة الإدارة :

تنص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات في المادة ٦٣ على أنه «يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة في ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية» ولا يعتد بأى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور ولا يسرى ذلك على أى تعديل لصالح الجهة الإدارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما أنه لا يؤثر في أولوية العطاء» .

ووفقا لهذا النص فإن المشرع حدد الساعة الثانية عشرة من اليوم المحدد في الإعلان في المناقصة لتقديم العطاء . فإذا قدم العطاء بعد هذا الميعاد فإن القانون رتب على ذلك أثراً في غاية الأهمية وهو عدم الاعتداد بهذه العطاءات . ويقصد باليوم المحدد بالإعلان هو اليوم المحدد لفتح المظاريف .وقد يستفاد من نص المادة ٦٣ من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر أن يختلف اليوم المحدد في الإعلان عن المناقصة كآخر ميعاد لتلقى العطاءات عن اليوم المحدد لفتح المظاريف وهو أمر يحتمله ظاهر النص . على أنه تجدر ملاحظة أن الواقع العملي يجري دائما على النص في الإعلان عن المناقصة أن آخر يوم لتلقى العطاءات هو ذاته اليوم الذى تفتح فيه المظاريف .

وينص القانون الفرنسى على إمكانية تقديم العطاءات حتى ميعاد فتح المظاريف ويجب ألا تقل المدة بين أول إعلان وبين هذا الميعاد عن ٣٦ يوماً وفى حالة الضرورة يمكن تقصيرها إلى ١٥ يوماً[١].

---

(١) Mogenet (R) : Op. Cit p. 107 .

٢- كيفية تقديم العطاء :

تنص المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برقم وقسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له ، ويجب أن يثبت على كل من مظروفي العطاء الفني والمالي نوعه من الخارج ، ويوضع المظروفان داخل مظروف مغلق بطريقة محكمة ويوضح عليه اسم وعنوان الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة وأن ما بداخله المظروف الفني والمظروف المالي لجلسة ( ) ويكون تقديم العطاءات إما بإرسالها بالبريد الموصى عليه .. أو وضعها داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات أو تسليمها لقلم محفوظات بها بموجب إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته ويجوز إذا كان العطاء مقدماً من فرد أو شركة في الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بسداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات» .

تبين هذه المادة وسيلة تقديم العطاء إلى جهة الإدارة وهي لا تخرج عن إرسال هذا العطاء بالخطاب الموصي عليه أو بوضعه مباشرة داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات أو تسليمها لقلم محفوظات الجهة التي أعلنت عن المناقصة وفي هذه الحالة يكون تسليمها إلى الموظف المختص مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

على أن العمل يسير دائما على تقديم العطاء للجنة المخصصة لفتح المظاريف في ذات اليوم المحدد لفتح المظاريف وقبل الساعة الثانية عشر ظهراً وذلك ضمانا لسرية العطاءات وخوفاً من مقدم العطاء لهتك هذه

الســرية لصــالح منافسيه . وهذا الطريقة التى ينص عليها أيضاً القانون الفرنسى لتقديم العطاء فى المادة ٨٧ من قانون العقود الفرنسى[1].

٢- سلطة الإدارة فى الاستبعاد :

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة ويتضمن استبعاد أحد العطاءات التى قدمت فى المناقصة العامة لأسباب تحددها .

والاستبعاد يختلف عن الحرمان - الذى سبق وتحدثنا عن حالاته - من نواح عديدة :

فمــن ناحية أولى : قرار الحرمان ينصب على شخص معين سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ويهدف إلى حرمانه من التقدم إلى المناقصات والمــزايدات التى تجريها جهة الإدارة . فى حين أن الاستبعاد يعتبر إجراء موضــوعياً يــتعلق بعطــاء تقدم به شخص معنوى أو طبيعى ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وحرمانه من السير فى إجراءات المناقصة حتى منتهاها .

ومــن ناحية ثانية : يعتبر قرار الإدارة بالحرمان إجراء عاماً يتعلق بالشــخص الطبيــعى أو المعــنوى ويهــدف إلى الحرمان من دخول كافة المناقصــات والمزايدات التى تجريها جهة الإدارة . وقد يكون هذا الإجراء محــدد المدة كما قد يكون غير محدد المدة وقد يكون فى حدود مالية معينة أو يقتصــر علــى نوعــيات محــددة من المناقصات وهذا كله بخلاف قرار الاســتبعاد والــذى لا يعــدو أن يكــون قــراراً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة[2] .

---

(١) De Laubedere : Op . Cit . p 613 .

(٢) أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص١٥٢ .

واســتبعاد العطاء المقدم فى المناقصة قد يكون تطبيقاً لشرط حسن الســمعة كمــا قد يكون الاستبعاد ناتجاً عن تطبيق الإدارة لحالة من حالات الحــرمان ســواء أكان الحرمان وقائيا أو جزائياً . كما قد يكون لعدم توافر الشــروط التى تطلبها الإدارة بخصوص المناقصة وأخيراً قد يكون الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية [١] وذلك كله على التفصيل التالى :

١- حالات الاستبعاد :

أ- الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة :

وهنا يكون الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة . فالقانون يشترط فيمن يتقدم بعطائه فى المناقصات والمزايدات أن يكون حسن السمعة .

وفي الحقيقة يعد شرط حسن السمعة شرطاً عاماً وقد ذهبت محكمة القضــاء الإدارى مــنذ بواكــير أحكامها إلى تحديد المقصود بشرط حسن الســمعة بأنه يعني « .. أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة لم يسمع عنه ما يشينه أو يحط من قدره بين الناس حائزا لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التى يرغب فى مزاولتها»[٢] .

وفــى هــذا المعــنى استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المقصــود بحسن السمعة هو .. تلك المجموعة من الصفات التى يتخلى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس وتجنبه قالة السوء ، وما يمس الخلق»[٣].

---

(١) De Laubadere : Op . Cit . pp . 599 et s .

(٢) محكمــة القضــاء الإدارى – قضــية رقم ٥ – السنة الأولى – مجموعة عمر – ص٢٠٥ بتاريخ ١٩٤٧/٣/١٨ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ١٦ بتاريخ ١٩٧٢/٤/٩ .

وإذا كـان الحكـم على الشخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانـة تهـدر حسن السمعة بصفة عامة ، فإننا نرى أن المشرع قد تشدد بالنسـبة لشرط حسن السمعة فى مجال المناقصات والمزايدات العامة وألزم القاضـى بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى بضرورة الحكم بعدم دخول الشخص المحكوم عليه بعقوبة جناية فى المناقصات والمزايدات وذلك كعقوبة تبعية .

علـى أنه فى الحالات الأخرى التى لا يتحقق فيها هذا الفرض فإن الإدارة تسـتطيع أن تسـتبعد الشـخص الطبـيعى أو المعـنوى من دخول المناقصات والمزايدات العامة نتيجة لعدم توافر شرط حسن السمعة .

وفـى مجـال المناقصـات والمـزايدات العامة يمكن الاعتماد على مجموعـة من الاعتبارات التى تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه . وأهم هذه الاعتبارات ما يلى :

- سلوك الشركة أو الشخص الطبيعى فى تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها .
- عدد المرات التى لجأت الشركة فيها إلى القضاء .
- عدد المرات التى لجأت الشركة فيها إلى التحكيم .
- هـل سبق تطبيق غرامات تأخير على الشركة قبل ذلك فى عمليات أخرى .

فكل هذه الاعتبارات وغيرها تحدد مركز الشركة وتبين سمعتها فى الوسـط الذى تعمل فيه . فمثلا إذا كانت الشركة فى أعمال سابقة قد أهملت فـى التنفـيذ أو نفذت على غير الوجه المتفق عليه فى العقد . وإذا كانت الشركة دائمة اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وما يترتب على ذلك من تأخير

الأعمـــال . ففى هذه الحالات لا تكون سمعة الشركة أو المنشأة أو الشخص الطبيعى مقدم العطاء فوق مستوى الشبهات . وهنا سلطة الإدارة التى تقرر – وفقـا للظـروف الموضوعية – ولمقتضيات المصلحة العامة – استبعاد العطاء المقدم من قبل هذه الشركة أو هذا الشخص . وذلك لعدم توافر شرط حسن السمعة .

وتحرص كراسات الشروط على اشتراط تقديم شهادة حسن السمعة. وذلك للتأكد من أهلية المتقدم للمناقصة العامة .

وشـرط حسـن السمعة نصت عليه المادتين ٤٨ ، ٢٥٨ من تقنين العقود الإدارية فى فرنسا[١].

وسـلطة الإدارة فـى الاسـتبعاد لسوء السمعة أمر مسلم من قبل القضـاء حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «.. للإدارة حق أصيل فى اسـتبعاد مـن تـرى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير فى مباشرة هذا الحق لا يحدها فى ذلك إلا عيب استعمال السلطة[٢] .

وفـى جلسـتها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٨٧ ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أنه «.. لا يكفى فى المتعاقد مع الإدارة توافر المقـدرة الفنية والمادية بل يجب أن تتوافر إلى جانب ذلك حسن السمعة ، ولـلإدارة فـى هذا الشأن الحق فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية فى مباشرة هذا

---

(١) De Laubadere , Op . Cit , P . 599 et Quancard, Op . Cit . p 51 .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٦٧ سبق الإشارة إليه .

الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة . وفي ضوء ذلك يكون من حق جهة الإدارة أن تستبعد من المناقصة أو الممارسة التى تجريها العطاء الـــذى يثبت لديها أن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة ، والقول بغير ذلك من شـــأنه أن يـــؤدى إلى احتمال تعاقد الإدارة مع صاحب هذا العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه ، الأمر لا يتفق مع أحكام القانون»[١].

ب - الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان :

عرفـــنا فـــيما سبق أن للإدارة سلطة حرمان البعض من التقدم فى المناقصـــات العامة سواء كان هذا الحرمان على شكل جزاء أو كان حرماناً وقائـــياً . ويترتب على ذلك اعتبار الشخص المحروم ممنوعاً من التقدم إلى المناقصات العامة . فإذا تقدم هذا الشخص بعطائه إلى المناقصة التى أعلنت عنها الإدارة . فإن الإدارة ملزمة باستبعاد هذا العطاء حتى ولو توافرت فيه كافة الشروط التى حددتها الإدارة فى كراسة الشروط .

وهنا لا تعدو للإدارة سلطة تقديرية فى هذا الاستبعاد . فهى ملتزمة باتخـــاذ قـــرار الاستبعاد تطبيقاً للقانون . وتلزم المادة السادسة من اللائحة التنفـــيذية للقـــانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأنه يجب على كل وحدة إدارية تقوم بالتعاقد على عمليات الشراء أو تقديم الخدمات أو إجراء المقاولات أن تمسك السجلات والنماذج الآتية بمعرفة إدارة المشتريات بها .

... (٣) سجل قيد الممنوعين من التعامل .

ويثبت به بالإضافة إلى البيانات السابقة البيانات الآتية :

- الجهات المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه .

---

(١) ملف رقم ١٢٠/١/٤٧ جلسة ٩ ديسمبر ١٩٨٧ – سابق الإشارة إليها .

- أسباب حظر التعامل .

وعلـــى ذلــك يجـــب على الإدارة استبعاد العطاءات التى يتقدم بها أشخاص تنطبق عليهم إحدى حالات الحرمان التى سبق بيانها .

ولكـــن قـــد يحـــدث أن تقبل الإدارة عطاء شخص أو شركة تنطبق علـــيها إحـــدى حالات الحرمان – السابق بيانها – ثم تبرم معه العقد على اعتبار أنه تقدم بأفضل الشروط . ثم يتبين لها أن هذا الشخص لا يجوز له الـــتقدم بعطائـــه إلـــى المناقصة نتيجة سبق حرمانه من دخول المناقصات العامة .

الرأى فى فرنسا يذهب إلى صحة هذا التعاقد ، على اعتبار أن قبول الإدارة للعطـــاء المتقدم به الشخص المحروم فى حكم القرار الضمنى بإلغاء قـــرار الحـــرمان . وعلـــى اعتبار أن قرارات الحرمان إنما مقررة لصالح الإدارة . ومن ثم فلها أن تقدر تطبيقها من عدمه[1].

وفـــى مصر يذهب رأى إلى التفرقة بين الحرمان الوقائى والحرمان الجزائى فالحرمان الوقائى تطبق عليه القواعد المعمول بها فى فرنسا . أما فـــى حالـــة الحرمان الجزائى فيجب التفرقة بين الحرمان المنصوص عليه وغـــير المنصوص عليه فيطبق المبدأ العام المعمول به فى فرنسا أيضاً فى حالـــة الحـــرمان غير المنصوص عليه وذلك على أساس أن الحرمان مقرر لصـــالح الإدارة فقـــط وأن إرســـاء العطاء وإبرام العقد مع أحد المحرومين يعتبر إلغاء ضمنياً لقرار الحرمان[2].

---

(١) Quancard (M) : Op . Cit .p. 103 et s .

(٢) أحمد عثمان عياد – المرجع السابق – ص١٦٣ .

وفـي الحقيقة نرى غير ذلك : فالإدارة لا تستطيع أن تتغاضى عن تطبيق قرارات تستهدف في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة .

ج - استبعاد العطاء نتيجة عدم توافر الشروط التى حددتها جهة الإدارة فى كراسة الشروط :

تعمـل الإدارة دائما على تضمين كراسة الشروط مزيداً من الشروط العامـة التى ترى أنها لازمة لنجاح العملية التى تريد التعاقد عليها . وهذه الشـروط إنما تكتسب أهميتها من كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة والـتى تتمثل فى كفالة حسن تنفيذ العقد وتحقيق صالح المرفق . على ذلك فـإن هذه الشروط تفقد مشروعيتها إن هى انحرفت عن هذه الغاية وترتب عليها استبعاد عدد كبير من الأشخاص دون مبرر معقول[١].

وقـد تـتعلق هـذه الشروط بضرورة أن يكون المتقدم للتعاقد مع الإدارة مقـيداً بسجلات معينة (تجارية – صناعية – الخ) أو لديه خبرة فنية معيـنة أو غـير ذلك من الشروط التى تمكن الإدارة من الوقوف على قدرة المتعاقد معها على القيام بالعمل موضوع المناقصة على خير وجه .

د- الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية :

للإدارة أن تستبعد عطاء الشخص المتقدم للمناقصة إذا رأت أن هذا الشـخص غير كفء سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية ومسألة الكفاءة هنا مسألة تقدرها الإدارة بمحض سلطتها التقديرية وذلك بالنظر إلى اعتـبارات عديـدة مثل ملاءة الشخص المتقدم بعطائه سواء أكان شخصاً طبيعـياً أو معـنوياً – قدرتـه الفنـية وأيضا بالنظر إلى طبيعة المشروع

---

(١) De Laubaadere : Op . Cit . p . 600 .

موضوع التعاقد ، وما يتطلبه من قدره تمويلية وخبرة فنية[1].

علـى أن الإدارة وهـى بصدد تقدير هذه الكفاءة سواء من الناحية المالـية أو الفنية عليها ألا تسئ استعمال هذه السلطة التقديرية . فلا يصح أن نعـترف بكفاءة شركة مثلا لتنفيذ عملية تتكلف مليون جنية بالرغم من أن رأس مال الشركة بضعة آلاف من الجنيهات .

وقـد يتطلب الأمر ضرورة أن يقدم المتناقص شهادات تبين كفاءته المالـية أو الفنـية وذلك كأن تطالبه الإدارة بضرورة التقدم بسابقة أعماله الـتى أجـراها سـواء مع الجهة التى تجرى المناقصة أو المزايدة أو مع الجهـات الإداريـة الأخـرى . ففـى فرنسا تستلزم الإدارة أحياناً أن يقدم المتـناقص شـهادة تثبت كفاءته من الجهة الحكومية عن عمليات سبق أن نفذهـا لديهـا أو لدى إحدى جهات الإدارة الأخرى والبيانات التى تتضمنها هذه الشهادات تكون على مسئولية الجهة التى أصدرتها وذلك إذا كانت هى السبب الرئيسى الذى أدى إلى التعاقد معه .

والإدارة وهى بصدد تقييم الموقف المالى والفنى للمقاول أو المتعهد تأخذ فى اعتبارها عوامل عديدة . فمن الناحية المالية تنظر فى مقدار رأس المـال ومدى تحقيق المشروع المتقدم بعطائه للأرباح أو الخسارة . ونسبة هـذه أو تلك من رأس مال المشروع وموقف الميزانية السنوية للمشروع . ومـن الناحية الفنية فإن الإدارة تراجع سوابق الأعمال التى سبق له القيام بهـا وعدد العمال الذين يستخدمهم ومدى تخصصه فى الموضوع المطروح للـتعاقد . وترتيب الشركة دولياً فى نطاق المناقصات الدولية وسمعتها فى نطاق الشركات المتخصصة فى موضوع المناقصة .

---

(١) C.E. janvier . 1843 , Chaevlon, Rec . P. 131 .

٢- الرقابة القضائية على قرارات الاستبعاد :

يستقر القضاء في فرنسا ومصر على أن الإدارة وهى تمارس سلطتها في استبعاد العطاءات لأحد الأسباب المتقدمة إنما هي تطبيق لسلطتها التقديرية[1]. وعلى ذلك فأن الإدارة لا تلتزم بتسبيب قرارات الاستبعاد إلا إذا ألزمها القانون بذلك أو قررت ذلك في شروط المناقصة .

على أن الواقع العملي يجرى على أن الإدارة تسبب قرار الاستبعاد وهو أمر يدعم فكرة الشفافية في إجراءات المناقصات العامة فضلاً عن اتفاقه مع المبادىء العامة التى تحكمها .

وفي ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى في حكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ إلى أن الإدارة تستطيع «.. أن تستبعد كل من يفتقر إلى شرط أو أكثر من الشروط التى تتطلبها المناقصات والمزايدات أو دفاتر الشروط العامة أو الخاصة .. وقرارها في ذلك يصدر بناء على سلطتها التقديرية. ولا يخضع للتعقيب القضائي إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة[2] .

٣- الأثر القانوني المترتب على تصدير العطاء « التزام مصدر العطاء بإيجابه » :

يترتب على تصدير العطاء إلى جهة الإدارة أثر هام يتمثل في التزام مصدر العطاء بعطائه المدة المحددة في الإعلان عن المناقصة .ولا يعنى هذا أن ثمة رابطة عقدية نشأت بين الإدارة ومقدم العطاء .فذلك لا يتم إلا

---

(١) C.E. 21 Juillet 1932-Eloy ,p.761.
C.E. 27 Mai 1930 – Hughues-R ec p. 576.
C.E. Juin 1928 – Delattre –R ec , p. 1583

(٢) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ المجموعة في ثلاث سنوات ص٢٧٣ رقم ١٦٢ .

بقبول الإدارة لهذا العطاء وهو أمر يأتي في مرحلة لاحقة لإرساء المناقصة على عطاء بعينه .

ذلك أن العطاء المقدم من المقاول أو المتعهد لا يخرج عن كونه إيجابا يتقدم به لجهة الإدارة المتناقصة ، الذى ينبغي أن يتوافق مع قبول الإدارة والذى يتم بصدور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد إرساء المناقصة[١].

أ - أساس التزام مقدم العطاء بعطائه :

اختلف الفقه الفرنسي فى تأسيس مبدأ التزام مقدم العطاء بعطائه منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة وحتى البت فى المناقصة فى الموعد المعلن لذلك فى كراسة الشروط . فذهب رأى أول : إلى تأسيس هذا الالتزام على فكرة الالتزام التعاقدى . وذهب آخرون على تأسيسه على الإرادة المنفردة .

فى الفقه الفرنسى :

الرأى الأول : ذهب الفقيه Houriou وهو بصدد التعليق على حكم لمجلس الدولة بتاريخ ١٩ مايو ١٩٢٢ . إلى أن العرض الذى يتقدم به مقدم العطاء يعتبر قبولاً ينعقد به عقد أولى غير ذلك الذى يتم بعد إرساء المناقصة . ومن ثم تعتبر شروط المناقصة إيجاباً لذلك العقد الأولى . وهذا العقد الأولى المنفصل عن العقد الأساسى يعد مصدر الإلزام وأساسه بالنسبة لالتزام مقدم العطاء بعطائه لحين البت فى المناقصة فى الوقت المعلن لذلك[٢].

---

(١) Jeze: Le Contrate Administratife, de l'Etat DePartement des Communes des établissement Publices. P. 18 .

(٢) C.E. 19 Mai 1922 Legeal, S. 1924 – 3-1- note Houriou.

ولاشك أن منطق هذا الرأى يصطدم بحقيقة ثابتة فى الفقهين الفرنسى والمصرى والتى تعتبر الإعلان عن المناقصة بمثابة دعوة إلى التعاقد فى حين أن العطاء الذى يتقدم به صاحبه لا يخرج عن كونه إيجاباً ينتظر قبول الإدارة حتى يتم إنعقاد العقد وهو ما لا يتم إلا بإقرار واعتماد نتيجة المناقصة بالترسية على عطاء بعينه .

ثم إن هذا الرأى لا يفيد فى تفسير التزام مقدم العطاء بعطائه فى حالة تجزئة المناقصة بين أكثر من عطاء[١].

كما أن هذا الرأى لا يفسر من ناحية أخرى ما هو مقرر لمقدم العطاء من حق فى سحب عطائه فى حالات محددة دون مسئولية عقدية أو غير عقدية تنتج عن ذلك .

الرأى الثانى : وهو رأى جمهور الفقه فى فرنسا ويرى أن أساس هذا الالتزام هو الإرادة المنفردة لمصدر العطاء . فهذه الإرادة هى مصدر التزامه بالإبقاء على عطائه المقدم إلى جهة الإدارة مدة معينة إلى أن يتم إرساء المناقصة وإبرام العقد[٢].

فى الفقه المصرى :

لم يكن الأمر ليثير كثير خلاف فى الفقه فى مصر[٣]. فقد استقر الفقه والقضاء فى مصر على تأسيس هذا الالتزام على الإرادة المنفردة . وهو ما يؤكده قانون المناقصات الجديد حيث تنص لائحته التنفيذية فى

---

(١) Jéze : op. cit. p. 120 et s.

(٢) pequignot (G) : op.cit. p. 225. Jeze, op. cit. p. 122.

(٣) سليمان الطماوى – المرجع السابق ص٢٨٢ – أحمد عثمان عياد المرجع السابق ص١٣٧ ، عبد الفتاح أبو الليل – أساليب التعاقد الإدارى – ١٩٩٤ ص٢٤٢ .

المـــادة ٥٩ على أن : «يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه مـــن وقـــت تصـــديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعـــرفة الجهـــة الإدارية حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط» .

وقـــد قضت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها بأن « القاعدة هى أن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فى شـــروط العطـــاء ، وهـــذه القاعدة تطبيق للقاعدة العامة فى مجال القانون الخـــاص (المـــادة ٩٣ مـــن القـــانون المدنى) والتى لم ير المشرع موجباً للخروج عليها فى مجال عقود الإدارة »[1].

وعلـــى ذلك أيضاً تسير المحكمة الإدارية العليا ففى حكم لها بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٦ قضـــت بأنه «منذ أن يصدر مقدم العطاء عطاؤه يظل ملتزماً بـــه ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كلية أو أن يخفض ما ورد به من أسعار علـــى أن يـــتم ذلك فى الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ومن ثم فإنـــه لا يكون لـــه أن يعدل عطاءه بما يزيد من الأسعار التى تقدم بها ولو

---

(١) محكمـــة القضـــاء الإدارى الدعوى رقم ٩٦٥ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .
وتـــنص المادة ٩٣ على ما يلى« ١- إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد القبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .
٢- ومـــع ذلـــك يـــتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل أن الموجـــب قد عدل من إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد».

كان ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ...»[١].

ب - مدة الالتزام :

يقتضـــى المنطق القانونى ألا يظل مقدم الإيجاب ملتزماً بإيجابه إلى مـــا لا نهايـــة . فيجب أن يتحدد هذا الالتزام بمدة محددة . وهو ما يأخذ به القـــانون فى مصر وفرنسا ، حيث أن التزام مقدم العطاء بعطائه إنما يتحدد بـــالمدة مـــنذ تصديره إلى جهة الإدارة وحتى اليوم المحدد لفتح المظاريف وإرساء المناقصة . ولا يعتد بالوقت الذى تم فيه إتصال علم الإدارة بالعطاء وإنمـــا يتحدد ذلك الالتزام منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة بصرف النظر عـــن وقـــت علمهـــا بهذا العطاء . على أنه فى كل الأحوال يجب أن يصل العطـــاء إلـــى جهة الإدارة قبل الساعة الثانية عشرة من اليوم المحدد لفتح المظـــاريف فـــإذا انقضى هذا الميعاد قبل وصول العطاء فإن وصول العطاء بعـــد ذلك لا يعتد به ولا ينتج أثره . ولا تستطيع جهة الإدارة إلزام صاحبه بـــه طالما أنها أنهت إجراءات فتح المظاريف وإرساء المناقصة وقد قضت المحكمـــة الإداريـــة العليا » ... ومن حيث أنه من المقرر أن يظل الموجب مرتبطا بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول فلا يصبح الإيجاب ملزماً بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ويسقط تماماً وهذا هو التفسير السليم للنصوص المتقدمة ولنية الموجب فهو يقصد أن يبقى إيجابه قائما خلال المدة المحددة مـــادام لجأ إلى التحديد وهذا ما يتفق بوجه عام مع أصول الالتزامات بحيث لا يبقى الإيجاب مفتوحاً ومعلقاً طالما حدد بشروط وبمدة معينة »[٢].

---

(١) المحكمـــة الإدارية – الطعن رقم ١٢٥٥ السنة ٢٥ق جلسة بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٦ المجموعة السنة ٢٧ ص٧٢١

(٢) المحكمـــة الإداريـــة العلـــيا – الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٣ الموسوعة جـــ٣٥ ص٢٨٩ .

المطلب الثاني

إسناد التعاقد عن طريق المناقصة

تستهدف المناقصة العامة أساساً إسناد التعاقد على العطاء الذى تقدم بأقل سعر وأفضل شروط . وهذا المبدأ هو ما يعرف بآلية المناقصة العامة ومن ثم فإن القانون ينظم إجراءات الإسناد تنظيما دقيقاً يضمن من خلاله تحقق هذا المبدأ التقليدى فى الإسناد .

وقد كان قانون المناقصات الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يأخذ بمبدأ آلية المناقصة .

ولاشك أن مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل يتسق ومذهب الاقتصاد الحر الذى كان سائداً فى بدايات هذا القرن ، كما أنه كان يحقق فائدة محققة للإدارة من الناحية المالية حيث أنه يقتضى تنزيل العطاء على أقل الأسعار واستبعاد أعلاها[١].

وكان هذا المبدأ هو الذى يحكم إجراءات المناقصة فى فرنسا حتى منتصف القرن العشرين والذى شهد تطوراً فى إجراءات المناقصة وهذا التطور اقتضته العيوب التى كانت دائماً توجه لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل السائد عند إجراءات المناقصة . ولعل أهم هذه العيوب ما يلى :

١- الإسناد بمقتضى السعر الأقل يؤدى إلى الاهتمام بمصلحة الإدارة المالية ولكنه يهدر مصلحتها الفنية . وهو أمر قد يعود بأعظم الضرر على مصلحة المرفق فى مجموعه ، فالعطاء ذو السعر الأرخص

---

(١) Flamm (Maurice- Andre) : Traité Théorique et pratiquue des Marchés publics,p. 181.

ليس هو الأجود فى كل حال وذلك فى الحقيقة يؤدى إلى نتيجة قد ترتب أضراراً كثيرة هو تعاقد الإدارة مع متعاقدين ليسوا على المستوى الفنى المطلوب مما يؤدى إلى تنفيذ العمل بصورة سيئة أو عدم تنفيذه أصلاً مما يترتب عليه أضرار مالية كثيرة فى المدى البعيد[١].

٢ - أن التقدم العلمى سواء فى مجال الصناعة أو وسائل الإنتاج أدى إلى أهمية العوامل الفنية فى التعاقد بحيث يصبح الخطأ فيها مكلفاً إلى أقصى حد .

٣ - الإسناد بمقتضى السعر الأقل لا يرتكن فى إسناد المناقصة إلا على فكرة السعر والسعر فى كل الأحوال هو أحد العناصر المكونة لعملية المناقصة والاعتداد به يهدر العناصر الأخرى التى يمكن فى كل حال أن تقل عنه أهمية . ولعل أهم هذه العناصر هى الخبرة والكفاءة ومدى تطور وسائله التكنولوجية ومركزه المالى وسوابق أعماله[٢].

٤ - ثبت أنه فى أحوال غير قليلة يتعذر فيها اللجوء إلى فكرة الإسناد عن طريق السعر الأقل ومنها مسألة تقديم الاستشارات الفنية وأيضاً فى حالة الشركات التى تحتكر النشاط أو يكون عدد المتخصصين فى تقديم هذا النشاط محدودا .

لكل هذه الاعتبارات حدث تطور ملموس فى آلية المناقصة العامة . فلم يعد الأمر يقتصر على فكرة الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

---

(١) فؤاد العطار - وسائل تعاقد الإدارة - نظرية المناقصة والممارسة - مجلة مجلس الدولة - س ق يناير ١٩٥٤ ص٢٥٨ .

(٢) Flamm (M.A) : op.cit.p. 182 .

علـــى أنه مع تسليمنا بالتطور الذى حدث فى مسألة آلية المناقصة وعـــدم الاعتماد كلياً على المبدأ التقليدى فى الإسناد المشار إليه إلا أن هذا المـبدأ ظـل سـارياً فـى ظل القانون الملغى وإن كانت الانتقادات السابق الإشارة إليها قد أصابت فيه بعض التطور فلم يعد الأمر يقتصر على تفضيل العطاء الأقل سعراً ولكن أيضاً الأفضل شروطاً والأجود فنياً .

علـــى أن القـــانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ عـــدل نهائياً عن هذا المبدأ واستحدث أسلوباً جديداً لإرساء المناقصة وهو ضـــرورة أن يتقدم كل متناقص بمظروفين أحدهما يحمل عرضاً فنيا والثانى يخصص للعرض المالى وذلك على التفصيل الذى سوف نراه فيما بعد .

وهو الأمر الذى سبق لنا المطالبة به حيث اقترحنا الأخذ بنظام المناقصة على أساس تقديم عرض فنى وعرض مالى تطويراً لآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل والتى كانت سائدة فـى ظـل القـانون الملغى حيث ذهبنا إلى أن[1] «تلجأ الإدارة إلى هذا الأسـلوب فى المناقصات التى تتعلق بموضوعات ذات مواصفات فنية بالغة التعقـيد . ففـى هذا النطاق تعتبر الترسية بمقتضى السعر الأقل أمراً سيئاً شـديد الخطـورة . ومثال ذلك المناقصات التى تتعلق بأعمال الاستشارات الفنـية أو التجهـيزات الفنية أو التكنولوجية للمرافق العامة كالمستشفيات والمصانع وغيرها .

وفـــى مـــثل هذه المناقصات لا يصح الاستناد إلى السعر الأقل وذلك لأن العنصر الفنى فى هذه المناقصات لا يقل عن العنصر المالى بل إنه يعد أكـثر أهمـية . فالاعـتماد على العنصر السعرى فقط فى مثل هذه الأحوال

---

(١) راجـع مؤلفـنا فـى المناقصـات العامـة - دراسة مقارنة - ١٩٩٥ - ص١٦٨ وما بعدها

يـؤدى إلـى انخفاض مستوى جودة الخدمات المقدمة حيث الفوز بالعقود للأقـل سـعراً وبالـتالي الأقل جهداً والأقل كفاءة ، مما نتج عنه العديد من المشـروعات منخفضـة الكفـاءة والباهظة التكلفة ، مما يبدد استثماراتنا القومية والموارد المالية المحدودة ويعرقل جهود التنمية» .

والمناقصة على أساس تقديم عرض فنى وآخر مالي ، تخضع لذات الإجراءات والقواعد التى تخضع لها المناقصات العامة والتى سبق بيانها إلا مـا تعلق منها بآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل . وذلك لأن الإسناد هنا لا يعـتد بالعنصر المالى فقط وإنما يعتد أساساً بالعنصر الفنى وبعد ذلك يأتى العنصـر المـالى . بـل إن العنصـر الفنى فى إطار هذه الصورة يكون له الأولوية فى الترسية على عطاء بعينه .

وتجـرى إجراءات هذه المناقصة على أساس أن يتقدم كل متناقص بمظـروف فـنى وآخر مالي . يحدد فى الأول المواصفات الفنية لموضوع المناقصـة وشـروطه المقترحة للتعاقد مع جهة الإدارة . وفى الثانى يحدد السعر وهذه الصورة تتطلب أن تحدد الإدارة فى شروط المناقصة « كراسة الشـروط » خطوطـاً عامة يتم التعاقد على أساسها مع إعطاء مقدم العطاء حرية تقديم عطائه فى إطار هذه الشروط بالكيفية التى يراها والتى تتناسب مع كفاءته وإمكاناته الفنية .

وتقـوم لجنة فتح المظاريف بتفريغ محتوى المظاريف التى تتضمن عروضـاً فنية فى مرحلة أولى ، وفى مرحلة ثانية تتولى لجنة البت ترتيب هـذه العروض فنياً ، وفى مرحلة ثالثة يتم فتح المظاريف التى تحتوى على العـروض المالـية . ويتم الإسناد بعد عمل الترتيب النهائى الذى يأخذ فى اعتـباره العامل المالى . فليس هناك ثمة إلزام بالترسية على العطاء الأقل

سعراً وذلك نظراً لكون هذا العطاء أقل من العطاءات الأخرى في القيمة الفنية .

ولاشك أن هذه الصورة تمثل تطوراً كبيراً لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل . وهو تطور أملته حاجة الإدارة لذاتها . وكذلك أملته تعقد المواصفات الفنية والتكنولوجية لموضوع المناقصة بصورة لم يعد يجدى معها الاحتفاظ بالمبدأ التقليدى في الإسناد .

على أن الملاحظ أن القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد استبدل بآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل طريقة العرض الفنى والعرض المالى وجعلها أيضاً طريقة الإسناد التى تلجأ إليها الإدارة فى الأحوال التى لا تتعقد فيها المواصفات الفنية ولا يستدعى الأمر اختلاف العروض من الناحية الفنية كما يحدث في عقود التوريد لأصناف محددة المواصفات بصفة قطعية أو شراء أو بيع العقارات ففى مثل هذه الأحوال يظل اللجوء إلى آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل أكثر جدوى .وهو ما سوف نتبينه حين دراسة كيفية الإسناد كما نظمها القانون الجديد إذ تتطلب مزيداً من الإجراءات تستغرق وقتاً طويلاً .

وسوف نتناول : كيفية إسناد المناقصة بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

الفرع الأول

كيفية الإسناد فى المناقصة بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

نصت المادة العاشرة من القانون على أن تقدم العطاءات فى مظروفين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى . ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنياً وذلك كله وفقاً

للقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

وفــى تعليقها على هذا النص المستحدث ذهبت اللجنة المشتركة[١] إلى «وهى مادة فى غاية الأهمية نظراً لكونها تمثل فلسفة مشروع القانون المقدم من الحكومة من حيث الاهتمام بالناحية الفنية . وكان القانون الحالى يركــز الاهــتمام علـــى الناحية المالية فقط . وتقضى هذه المادة بأن يقدم العطاء فى مظروفين أحدهما فنى والآخر مالى ولا يفتح المظروف المالى إلا إذا قبل العطاء من الناحية الفنية .

أولاً : ضمانات الإسناد فى المناقصات :

تقــوم المناقصة العامة أساساً على مبدأ حرية المنافسة – كما سبق أن أوضــحنا – وإذا كـــان هــذا المبدأ واجب الاحترام فى بدايات إجراءات المناقصـــة فإنـــه لازم أيضا فى نهايتها . فترسية المناقصة تمثل آخر حلقة مـــن الحلقات الممتدة لعملية المناقصة وهى عملية فى غاية الأهمية والدقة ممـــا يتطلـــب بطبـيعة الحال أن تحاط بضوابط قانونية معينة تكفل تمامها بصورة تفضيل عطاء على آخر أو استبعاد عطاء لصالح عطاء آخر .

وضـــمانات الإســناد فى المناقصة العامة[٢]، تتعلق من ناحية أولى بتشـــكيل اللجان التى تقوم بترسية المناقصة وضرورة أن يكفل هذا التشكيل حـــيدة هذه اللجان ونزاهتها . ومن ناحية ثانية ضمانات تتصل بطريقة عمل هـــذه اللجان . وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين : نتناول فى

---

(١) من لجنة الخطة والموازنة ومكتبى لجنتى الشئون الدستورية والتشريعية والشئون الاقتصادية . فى نص التقرير راجع قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية – ١٩٩٨ ص ٢١ .

(٢) Quancand (MM) : op . cit, 162 .

الأول منهما تشكيل لجان ترسية المناقصة سواء تعلقت هذه اللجان بمجرد فتح المظاريف أو بالبت فيها . أما الثانى فنتناول فيه الضمانات التى تتصل بعمل هذا اللجان . وذلك على الوجه التالى :

١- تشكيل لجان البت :

يمثل تشكيل لجان البت فى المناقصة العامة ضمانة جوهرية لنزاهة إجراءات المناقصة العامة . ولذلك يعمد القانون إلى النص على تشكيل لجان البت وتحديد اختصاصاتها وتحديد كيفية ممارسة هذه الاختصاصات .

وتشكيل لجان البت سواء فى مصر أو فى فرنسا من النظام العام . فلا يجوز استبعاد أحكام القانون بصددها وذلك لما تمثله من ضمانة أساسية لنزاهة إجراءات المناقصة . وسوف نتناول أولاً تشكيل لجان البت فى القانون الفرنسى وثانياً : تشكيل هذه اللجان فى مصر وذلك على الوجه التالى :

أ - تشكيل لجان البت فى فرنسا :

ميز القانون الفرنسى بشأن العقود الإدارية بين تشكيل لجان البت فى المناقصات المتعلقة بعقود الدولة وبين المناقصات المحلية[١].

١- المناقصات المتعلقة بعقود الدولة أو المؤسسات والمرافق القومية :

يكون تشكيل لجان البت فى هذه العقود بقرار من الوزير المختص ، ويوجب القانون نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية . ويجب أن ينضم إلى هذه اللجان عضو من جمعيات حماية المستهلك والتى تراقب الإجراءات

---

(١) De Laubadere : op. cit. pp. 624 et s,
Quancard (M) :op. cit. p. 163.

لمنع الاتفاقات غير المشروعة . على ألا يكون لهذا العضو رأى عند التصويت فكل ما يستطيع أن يبديه هو آراء استشارية فقط .

٢- المناقصات المحلية :

هذه المناقصات قد تتعلق بمقاطعة أو قرية أو مؤسسة أو مرفق محلي ، وحدد قانون العقود الفرنسي طريق تشكيل لجان البت في كل منها .

أ - بالنسبة للمناقصات التي تجريها المقاطعات : فإن لجنة البت تشكل برئاسة رئيس المجلس المحلي أو نائبه وعضوية عضوين من هذا المجلس يختارهما رئيسه ، وهذا المجلس يتشكل بالانتخاب ومن ثم فإنه يخضع للرقابة الشعبية بطريقة غير مباشرة . وتضم هذه اللجنة في عضويتها أيضاً مندوباً عن وزارة الخزانة ومندوب عن جمعيات حماية المستهلك .

ب- المناقصات التي تجريها القرى والمدن الصغيرة : وتشكل لجان البت من العمدة رئيسا وعضوية اثنين من أعضاء المجلس البلدى وعضو من جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

ج - المناقصات التي تجريها المرافق المحلية والمؤسسات العامة المحلية . فإن لجان البت تتشكل من الممثل القانوني للمؤسسة أو المرفق رئيسا وعضوين من مجلس الإدارة يعينهما رئيس المرفق أو المؤسسة ، وعضو عن جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

وتشكيل لجان البت أمر يتعلق بالنظام العام وتجاوزه يؤدى إلى بطلان إجراءات المناقصة . فالتشكيل القانوني يؤدى إلى ضمان نزاهة المناقصة وشفافية إجراءاتها .

ولجان البت في القانون الفرنسي يشمل عملها فتح المظاريف وتقرير قبول العطاءات التي تتوافر فيها الشروط المعلنة في المناقصة .كما لها أن تستبعد العطاءات التي لا تتوافر فيها هذه الشروط .

وقرار لجنة البت بالقبول أو الاستبعاد هو قرار إداري يخضع لرقابة القضاء الإداري مع الأخذ في الاعتبار أنه قرار يصدر عنها بمقتضى سلطتها التقديرية ومن ثم لا تؤاخذ هذه اللجان عن قراراتها إلا إذا كان هناك ثمة انحراف في استعمال السلطة ، أو حين تسبب قراراتها بأسباب غير صحيحة .

كما يمتد عمل هذه اللجان إلى إعداد قائمة بالعطاءات المقبولة . وتحديد أسس المفاضلة بينها ، وكذلك اتخاذ القرار بإرساء المناقصة أو التصرف فيها وفقاً لما ينص عليه القانون .

ب- تشكيل لجان البت في القانون المصري :

على خلاف ما ذهب إليه القانون الفرنسي بصدد تشكيل لجنة واحدة تختص بفتح المظاريف والبت في المناقصة بإرسائها على العطاء الأقل سعراً والأنسب شروطاً . فإن القانون المصري ذهب إلى ضرورة أن يكون البت في المناقصة عبر لجنتين : اللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف واللجنة الثانية تختص بالبت في المناقصة .

فاللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف وإثبات حالتها وبيان مدى اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة وتثبت ذلك كتابة بتقرير ترفعها إلى لجنة البت في المناقصة[1].

---

(١) سعاد الشرقاوي . العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٤١٥ .

علـــى أن القـــانون المصرى قد استثنى المناقصات التى تقل قيمتها عن ٥٠٠٠٠ جنيه مصرى فيكون فتح المظاريف والبت فيها من عمل لجنة واحـــدة تخـــتص بهذا وذاك . وعلى ذلك جرى نص المادة ١١ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

ونصـــت المـــادة ١٢ على أن «يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجـــان البـــت قـــرار من السلطة المختصة وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالـــية وقانونـــية وفـــق أهمـــية وطبيعة التعاقد .. ويجب أن يشترك فى عضـــوية لجان البت ممثل وزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

ويتضـــح من النص السابق أن المشرع أراد أن يضع مجموعة من الضـــوابط الـــتى تحكـــم عملية تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة . وهذه الضوابط تتمثل فيما يلى :

١- ضوابط تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة .

أ - صدور قرار تشكيل هذه اللجان من السلطة المختصة. والسلطة المختصـــة الـــتى تصدر قرار بتشكيل لجنة فتح المظاريف هو رئيس الإدارة المركـــزية . أمـــا بالنسبة للسلطة المختصة بتشكيل لجان البت فهى سلطة الاعتماد المختصة .

ب- يجـــب أن يراعى فى تشكيل لجان فتح المظاريف أو لجان البت أهمـــية وقيمة التعاقد . فإذا كانت قيمة المناقصة كبيرة فيجب أن تشكل من موظفيـــن على درجة كبيرة من الكفاءة وكذلك من الدرجات الوظيفية العليا التى تتناسب وأهمية المناقصة .

ج - يجب أن تضم لجان فتح المظاريف ولجان البت في المناقصة عناصر قانونية وفنية ومالية حتى تكون هذه اللجان على دراية كاملة بكافة جوانب المناقصة . وحتى تخرج إجراءاتها سليمة وتحقق الهدف منها .

د - ويجب أن تمثل وزارة المالية في لجان البت إذا زادت قيمة المناقصة عن ٢٥٠ ألف جنيه وهذا شرط خاص بتشكيل لجان البت في هذه المناقصة وذلك تقديراً من المشرع لأهميتها . ويترتب على عدم حضور مندوب وزارة المالية في مثل هذه الأحوال عدم صحة انعقاد اللجنة مما يترتب عليه بطلان قراراتها .

هـ - إذا زادت قيمة المناقصة عن ٥٠٠ ألف جنيه يجب أن تضم لجنة البت مندوباً عن وزارة المالية وعضواً من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة . ورتب القانون على تغيب أحدهما أو كليهما عدم صحة انعقاد لجنة البت مما يترتب عليه بالتبعية عدم صحة إجراءاتها .

أثر مخالفة تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت :

يثور التساؤل هل يترتب على عدم اجتماع هذه اللجان على غير الوجه الذي حدده القانون - بأن كانت هذه اللجان غير كاملة على الوجه السابق بيانه - بطلان اجتماعاتها وبالتالي بطلان أعمالها .

هذا هو الرأي الذي ذهب إليه البعض مقرراً أنه «يجب بطبيعة الحال أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر في الأمر الصادر بتشكيلها ، وإلا كان اجتماعها باطلا ، وقراراتها باطلة بالتبعية[1].

---

(١) سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص٢٨٨ سعاد الشرقاوي - المرجع السابق ص٤٢١ .

وعلـــى عكس هذا الرأى ذهبت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولـــة بـــتاريخ ٢٥ مـــارس ١٩٩١ إلـــى أن « المشرع قد أناط بالسلطة المختصـــة بالجهـــات الإداريـــة تشكل لجان فتح المظاريف والبت وضماناً لســـلامة عمل تلك اللجان وسعياً وراء تحقيق الغرض المرجو منها فقد قرر ضـــرورة تضـــمين ذلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية إلا أن المشـــرع لم يعلق صحة عمل تلك اللجان على ضرورة حضور كل العناصر المشار إليها ذلك أنه إذا كان قد أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك ويؤكد هـــذا الـــنظر أن المشرع عندما رأى ضرورة وأهمية حضور عناصر معنية كمندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشـــكيل لجـــنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديرية للمناقصة حدوداً معينة . فإنه قرر عدم صحة انعقادها إذا تخلف مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى»(١) .

وفـــى الحقيقة نرى ، أن ما ذهبت إليه لجنة الفتوى بمجلس الدولة أمـــر محل نظر . وذلك لأن غياب أحد أعضاء اللجنة سواء أكانت لجنة فتح المظـــاريف أم لجنة البت فيها أمر يخل بضمانات محققة نص عليها القانون هـــى فى أساسها تعد أشكالاً جوهرية مقررة لصالح مقدمى العطاءات . فهذا التشـــكيل هو الذى يضمن سلامة إجراءات الترسية وشفافيتها والقول بغير ذلك كما تذهب اللجنة يخل بمبدأ حرية المنافسة بين المتناقصين . فالقانون

---

(١) ملـــف رقـــم ١٨٧/٢/٤٧ – وخلصت اللجنة إلى صحة إنعقاد لجنة فتح المظاريف بـــدون حضـــور العضو القانونى – راجع فى ذلك أحمد منصور – المرجع السابق ص٢٥٢ .

عـــندما اشـــترط أن يشـــمل تشكيل هذه اللجنة أو تلك عناصر مالية وفنية وقانونـــية اســـتهدف أن تقـــوم هذه اللجان بعملها فى إطار من الفهم الفنى والقانونى لإجراءات المناقصة .

جدول يوضح حضور ممثل وزارة المالية وعضو مجلس الدولة حين البت فى إجراءات التعاقد أيا كانت الوسيلة المتبعة .

العضو الواجب حضوره	المناقصات والممارسات الداخلية	المناقصات والممارسات الخارجية
ممثل وزارة المالية	إذا جـــاوزت القيمة ٢٥٠ ألف جنيه	مليون جنيه
مستشـــار من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة	إذا جـــاوزت القيمة ٥٠٠ ألف جنيه	مليون جنيه

٢- الضمانات التى تتصل بعمل لجان البت :

لـــم يكتف القانون ولائحته التنفيذية بالنص على تشكيل لجان البت فـــى المناقصـــة ، وبـــيان ضوابطه وإنما استلزم ضمانات أخرى تكفل لهذه اللجـــان أداء عملها للحفاظ على مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المساواة بين مقدمـــى العطـــاءات . وهـــذه الضمانات تتمثل فى ضرورة أن تمارس هذه اللجان عملها فى جلسات علنية ، وأن تتم كتابة هذه الإجراءات فى محاضر وتقارير رسمية .

وتمـــثل الكـــتابة هـــنا إجـــراء جوهريا يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات التى تقوم بها لجان فتح المظاريف أو البت فى المناقصة .

ويجـــب على لجنة البت فى القانون الفرنسى أن تثبت كتابة بيانات العطـــاءات التى قدمت فى المناقصة ثم تقوم بإعداد قائمة بترتيب العطاءات

التى سوف يختار من بينها العطاء الفائز[١].

وفـى القـانون المصـرى تستلزم المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لقـانون المناقصـات أن يقـوم رئـيس لجـنة فتح المظاريف بإثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف . كما يجب عليه إثبات حالة العطاءات مـن حيث اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة والتأشير بدوائر حمراء على البيانات التى يصاحبها كشط أو تغيير أو نحو ذلك واستلزمت أن يقوم رئـيس اللجنة وأعضاؤها بالتوقيع على كافة الأوراق المرتبطة بالعطاء مع ضـرورة ترقيمها وبعد ذلك يوقع رئيس اللجنة وأعضاؤها على محضر فتح المظـاريف ويـرفق به جميع الأوراق*الخاصة بالعطاءات ويسلمها للجهة «الموظف» المختص توطئة لتسليمها إلى لجنة البت المختصة .

ثانيا : كيفية الإسناد :

يمـر الإسناد فى المناقصة العامة حسب ما استحدثه القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بمرحلتين : الأولى تعنى بترتيب العطاءات بناء على العرض الفنى ثم المرحلة الثانية : فتح المظاريف المالية . وذلك كما يلى :

١- فحص العروض الفنية :

تـبدأ المـرحلة الأولـى فى إسناد التعاقد عن طريق المناقصة كما تحددهـا المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية بدارسة العروض الفنية والتحقق مـن مطابقـتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة ، وللجـنة أن تشـكل من بين أعضائها أو غيرهم من أهل الخبرة لجانا فنية لدراسة العروض ورفع تقرير بنتائج الدارسة إلى لجنة البت .

---

(١) Quancard (m) : op. cit. p. 173.

ويجوز للجنة أيضاً أن تستوفي من مقدمي العروض ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاح كل ما غمض من أمور فنية بما يعينها في إجراء عملية التقييم الفني الدقيق للعروض وذلك دون الإخلال بتكافؤ الفرص والمساواة بين مقدمي العروض . فالأمر يقتصر على مجرد استيضاح أو استفسار عن بيانات معينة .. ولا يتجاوزه إلى إضافة مواصفات جديدة أو تعديل مواصفات بالعطاء ففي ذلك إخلال بمبدأ تكافؤ الفرص بين مقدمي العروض .

وبعد أن تنتهي اللجنة من دراسة العروض المقدمة فإن الأمر لا يخلو من فرضين إما قبول العرض الفني وإما رفضه ويجب أن تبين اللجنة بالتفصيل الكافي أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدارسة عن عدم قبولها فنيا .

وإذ اختلف أعضاء لجنة البت في الرأي حول قبول أو رفض أي من العطاءات من الناحية الفنية فإن المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية تحيل الفصل في الموضوع إلى السلطة المختصة .

٢- فتح المظاريف المالية :

بعد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة . فإنه يجب تحديد موعد لفتح المظاريف المالية بالنسبة للعطاءات المقبولة فنياً .ويجب ألا تقل المدة بين تاريخ إعلان أسباب القرارات بقبول أو استبعاد العروض الفنية وبين انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية . وبعد مراجعة محتوى هذه المظاريف . تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة بين العروض وفقا لما تقضي به المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية وذلك بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية مع الأخذ في الاعتبار شروط توفير الضمان

والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التى تؤثر فى تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد . وإذا تضمنت شروط الطرح تقييم العروض بنظام النقاط فيتم ترتيب أولوية العطاءات بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها .

مما سبق يتضح أن الأسلوب الذى استحدثه القانون الجديد للمناقصات فى الإسناد يهتم أساساً بالمواصفات الفنية للسلعة التى تحتاجها الإدارة وهو أمر سبق أن طالبنا به كتطوير لازم على المبدأ التقليدى فى الإسناد والذى كان يعرف بآلية المناقصة . على أنه يلاحظ أن هذا الأسلوب يستغرق وقتا وإجراءات كثيرة وهو أمر مقبول إذا كان موضوع المناقصة سلعة لها مواصفات فنية متطورة ومتباينة . غير أن هذه الإجراءات تصبح غير ذات جدوى إذا كان موضوع المناقصة سلعة لا تختلف مواصفاتها الفنية أو تتباين كما يحدث غالبا فى عقود التوريد كعقود توريد سلعة محدودة المواصفات ، وكذلك فى العقود الإدارية التى يكون محلها شراء أو بيع عقار ففى مثل هذه الحالات كان يجب على المشرع أن يستبقى آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل توفيراً للوقت والجهد ولتحقيق المصلحة المالية للإدارة من غير إهدار للاعتبارات الفنية .

المبحث الثانى
التعاقد عن غير طريق المناقصة

المطلب الأول
الممارسة العامة

جعل القانون الجديد للمناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الممارسة العامة أسلوباً رئيسياً للتعاقد الإدارى إلى جوار المناقصة العامة وجعل للسلطة المختصة الاختيار بينهما وفقا للظروف وطبيعة التعاقد .

وكقاعدة عامة يخضع التعاقد عن طريق الممارسة العامة لذات القواعد والإجراءات التى تنظم عملية التعاقد بطريقة المناقصة العامة فيما عدا ما ورد بشأنه نص خاص فى قانون المناقصات ولائحته التنفيذية .

وبداءة يكون اللجوء إلى الممارسة العامة بقرار من السلطة المختصة وهى التى تقرر اللجوء إلى الممارسة العامة نظراً لطبيعة التعاقد وظروفه . ولا تلتزم الإدارة بتسبيب قرارها باللجوء إلى الممارسة العامة ذلك أن الممارسة العامة لم تعد وسيلة استثنائية للتعاقد كما كان الأمر فى القانون الملغى .

وذلك على خلاف الممارسة المقيدة والتى يعتبر اللجوء إليها استثناء وبقرار مسبب وفى حالات محددة فى المادة الخامسة من قانون المناقصات العامة وهى ما يلى .

١ - الأشياء التى لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم .

٢- الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها شراؤها من أماكن إنتاجها .

٣- الأعمـــال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

٤- التعاقدات التى تقتضى اعتبارات الأمن القومى أن تتم بطريقة سرية.

ويخضـــع الإعـــلان عن الممارسة العامة لذات القواعد والإجراءات التى تخضع لها المناقصات العامة والتى سبق دراستها .

وفى الإسناد عن طريق الممارسة العامة يتم دراسة العروض الفنية كمـــرحلة أولـــى بنفس الإجراءات التى تتم فى المناقصة العامة . وبعد ذلك تـــتولى لجنة الممارسة إجراء مقدمى العروض المقبولة فنيا وهو ما تنص علـــيه المـــادة ٤٤ مـــن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات . وبعد اعتماد السلطة المختصة لتوصيات لجنة الممارسة بنتيجة الدراسة الفنية للعروض تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمى العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقـــاد لجـــنة فـــتح المظـــاريف المالية والسابق تقديمها منهم – ليتسنى حضـــورهم أو مـــندوبوهم أعمـــال لجنة الممارسة . ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو اســـتبعاد العـــروض الفنية فى لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية .

وتـــتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة مقدمى العروض المقبولة فنـــياً أو مندوبـــيهم فـــى جلســـات علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأســـعار بمـــراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحى الفنية والمالية .

المطلب الثاني

الاتفاق المباشر

أجاز قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من السلطة المختصة .

فطريقة الاتفاق المباشر أسلوب استثنائي تلجأ إليه الإدارة في حالة اللجوء إلى الطرق الأخرى وغالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تريد الإدارة أن تتعاقد عليها . وعلى ذلك فإن أسلوب الاتفاق المباشر يتحرر من الإجراءات الصارمة التي تحكم المناقصات والممارسات بكافة أنواعهما فهو يعطى للإدارة حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها دون اتباع إجراءات معينة .

وحددت المادة ٧ من قانون المناقصات السلطة المختصة بالترخيص للتعاقد بالاتفاق المباشر كما يلي :

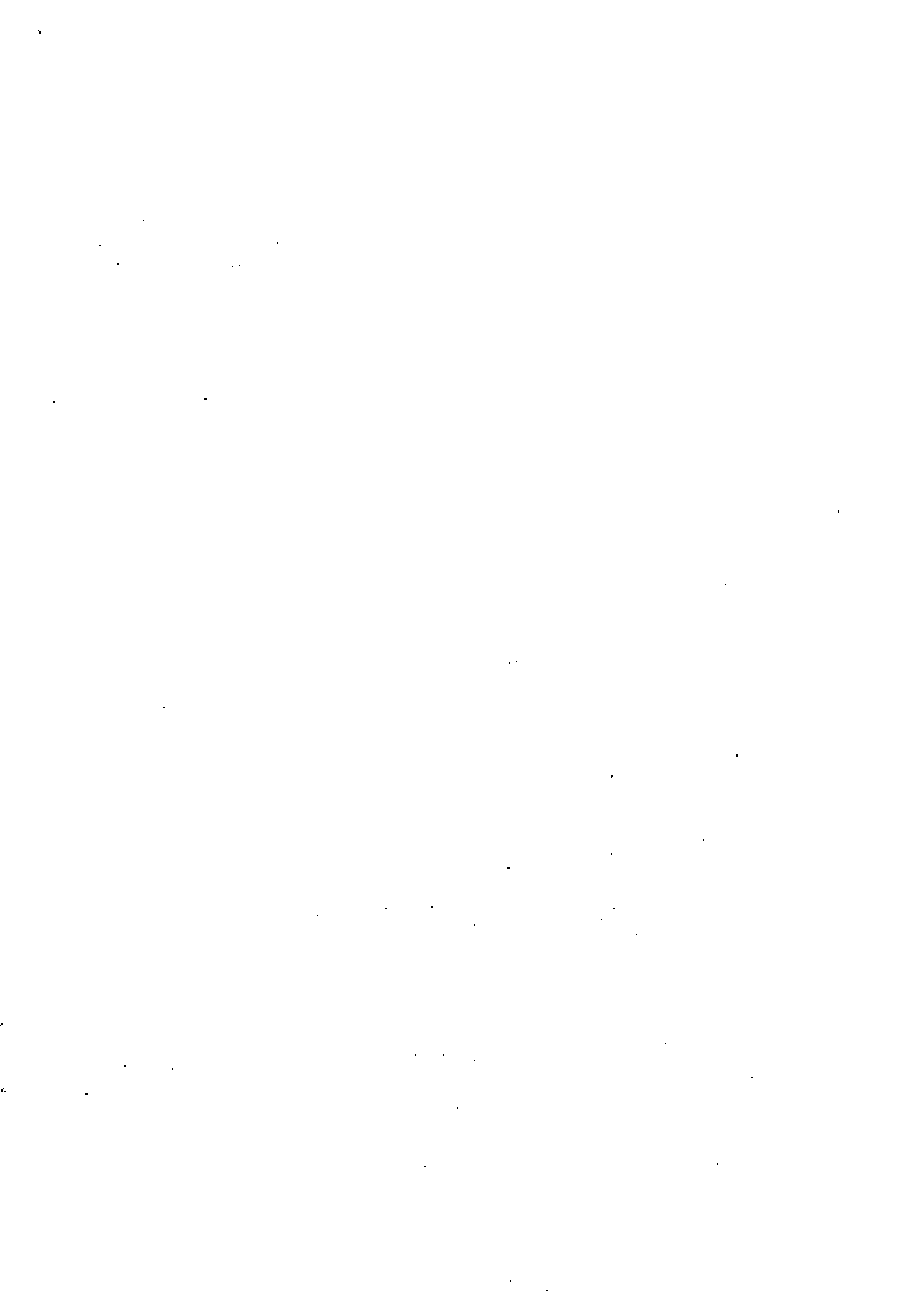
أ - رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى ، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

ب- الوزير المختص ومن له سلطاته ، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، وثلاثمائة ألف

جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

ولرئيس مجلس الوزراء ، في حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها في البند (ب) من الفقرة السابقة .

وعلى ذلك فإن رئيس مجلس الوزراء يستطيع أن يأذن بالتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر بدون حد أقصى وهو أمر يتنافى مع كون الاتفاق المباشر طريقا استثنائياً للتعاقد .



الباب الثالث

التحكيم والعقود الإدارية

التحكيم والعقود الإدارية

التحكيم أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها . ويبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع .

والتحكيم بهذا المعنى يقدم على اعتبار أنه بديل لنظام التقاضي أمام المحاكم التى تنظمها الدولة . فهو يتميز ببساطة إجراءاته وسرعته فى الفصل فى المنازعات . وذلك راجع إلى أن التحكيم يتخفف كثيراً من الإجراءات الصارمة التي يخضع لها نظام التقاضي .

وذلك لأن القضاء شديد التحوط لحقوق الأفراد . وهو ينظر فى الأنزعة التى تعرض عليه ، ويقضى فيها بحكم وفق إجراءات حددها القانون لا يستطيع أن يغيرها أو يبدلها .

هذا كله بخلاف التحكيم ، فأطراف المنازعة يختارون من يقضى فى خصوماتهم ، ويختارون الإجراءات التى يجب أن يسيروا عليها حين الفصل فى هذه الخصومات . هذا فضلاً عن تحديد المدة التي يجب صدور حكم التحكيم خلالها . وهذه أمور غير واردة عند التقاضى أمام المحاكم ، فقد تستمر المنازعة أمام القضاء سنين عدداً .

والتحكيم بهذا المعنى وجد نطاقه الطبيعى منذ أمد بعيد فى منازعات التجار . فالمعاملات بصفة عامة شديدة الحساسية لمشكلة الوقت الذى تستغرقه المنازعات أمام القضاء.

على أنه فى الآونة الأخيرة بدأ التحكيم يقدم على أنه نظام عالمى وبدأ نطاق تطبيقه يتسع ليشمل منازعات جديدة . وبدأت الأمم المتحدة والأجهزة القانونية التابعة لها تنشط فى إصدار مشروعات القوانين التى

توحد التحكيم وتعمم أنظمته وتدعو الدول الأعضاء للأخذ بها . علاوة على إبرام المعاهدات الدولية التي تضمن لأحكام التحكيم ذات الفاعلية والاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني .

على أنه مهما قيل في التحكيم من مميزات ، فإنه على خلاف القضاء فيه ترخص في الضمانات الإجرائية والموضوعية ، ثم إنه يضع الخصومة بين يدى هيئة تحكيم هي في الغالب أجنبية ، وتطبق قانوناً أجنبياً، والحكم فيه نهائي لا يقبل الطعن فيه إلا في أحوال استثنائية .

وترتيباً على ذلك لم يكن إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية أمراً سهلاً . وهو ما نوضحه فيما يلى :

في الفصل الأول : التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا . وينقسم بدوره إلى مبحثين نتناول في الأول الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية وموقف القضاء منه ، وفي الثاني نتناول فيه الاستثناءات التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية .

أما الفصل الثاني : فسوف نخصصه لدراسة التحكيم في العقود الإدارية في مصر ، ونقسمه إلى ثلاثة مباحث نتناولها كما يلي :

المبحث الأول : غياب النص التشريعي واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الثاني : القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثالث : القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وخضوع العقود الإدارية للتحكيم .

أما الفصل الثالث : فنرصد فيه آثار التحكيم على العقود الإدارية .

الفصل الأول

التحكيم فى العقود الإدارية فى فرنسا[١]

تعتـــبر فرنســا مهــد القانون الإدارى . فهو قد نشأ فيها لظروف تاريخية فى أواخر القرن التاسع عشر . وهو قانون غير مقنن يرجع الفضل فى إرساء قواعده وتحديد نظرياته إلى القضاء الإدارى الفرنسى .

ونظـرية العقــد الإدارى باعتبارها إحدى نظريات القانون الإدارى تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء .

هذه النشأة القضائية للقانون الإدارى ولنظرية العقد الإدارى ، أدت إلى وجود ارتباط ضرورى بين وجود العقد الإدارى وبين القضاء الإدارى ، فبنـاء نظـرية للعقد الإدارى تختلف عن القواعد التى تحكم العقد المدنى . باعتـبار أن العقد الإدارى سواء فى إبرامه أو فى تنفيذه أو فى الآثار التى تترتب عليه يختلف عن العقد المدنى .

---

(١) – DELAUBADÈRE (André) : F. Moderne. P. Delvolvé: Troité des con- trats administratifs. L.G.D.J. I éd 1984 T. II n os 1719 p. 943 et s.

- Auby (J.M) : Larbitrage en matière administrative, A.J. 1955 I . p. 81.
- Foussard (D) ; l'arbitrage en droit adminidtratif. Rev. de l'arbitrage 1990. p. 4.
- Pactrsu (B) : l'arditrage en droit adminidtratif . Juris. Class. Proc. Civil, Fasc n° 1048.
- Chapus (René) : droit du contentieux administratif 6 éd . Montchreestien. P. 209.
- Stillm : L'arbitrage en droit administretif th daris 1960.
- Paisoye (J) : jurisdictions arbitraies dons contentieux administratif A.J 1969 .

هــذا الــتراث القضــائي الذى أنشأ القانون الإدارى وشيد نظرياته ومــنها نظــرية العقــد الإدارى يفســر لنا الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنســى مــن عــدم جــواز التحكيم في العقود الإدارية . وإذا كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٦ نص في المادة ١٠٠٤ علــى عــدم جواز التحكيم أو التصالح بالنسبة للمنازعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها .

ثــم حددت المادة ٨٣ من القانون الأشخاص العامة الواجب عرض مــنازعاتها على النيابة العامة ومن بينها المؤسسات العامة . فإن القضاء العادى على خلاف القضاء الإدارى قد استخدم حيلاً كثيرة للحد من نظام هذا الحظر . كما أن المشرع الفرنسي قد تدخل أكثر من مرة للحد من نطاق هذا الحظر .

وســوف نقســم هذا الفصل إلى مبحثين . نتناول في الأول :الحظر التشــريعي للتحكــيم فــى العقود الإدارية وموقف القضاء منه ، والثاني : الاستثناءات التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الأول

الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية وموقف القضاء منه

نــص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ مــنه علــى حظر التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدولة أو بالأشخاص العامة إذا كان من الواجب إبلاغ النيابة العامة في شأنها .

وظاهــر الحظــر الوارد فى نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجــراءات المدنــية الفرنســى والتى أصبحت المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنــى الحديــث[1] يشمل كل المنازعات التى تكون الأشخاص العامة طرفاً فــيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة التى تختص بها المحاكم المدنــية أو الــتجارية . واعتــبر هذا الحظر متعلقاً بالنظام العام لا يجوز مخالفته . ولم يسلم بذلك القضاء العادى الفرنسى . فقد كان الواقع يبين أن الدولــة أو إحدى المؤسسات العامة تضطر إلى إبرام عقود تقبل فيها شرط التحكــيم لا ســيما عقــود التجارة الدولية والتى أصبحت فى أغلبها عقوداً نموذجــية لا يملــك المــتعاقدان تغيــيراً جوهرياً لشروطها ومن ذلك شرط التحكيم .

وقــد حــدث أن قامــت إحدى المؤسسات العامة الفرنسية وتسمى **Office National Interprafessionnel Cereals (O.N.I.C)** دعوى تعويض على قبطان سفينة **San Carlo** عن أضرار لحقت ببضاعة لهــا تــنقلها مــن اثيوبيا إلى فرنسا أمام المحاكم الفرنسية . فدفع صاحب الســفينة بعــدم اختصــاص المحكمة الفرنسية بنظر النزاع حيث أن وثيقة الشــحن والــتى وقعت عليه المؤسسة الفرنسية تقضى بخضوع المنازعات

---

(1) Art. 2060. (L. n° 72 - 626 du 5 juill. 1972) . On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capactité des personnes, sur celles relaives au di-vorce et à séquration de corps on sur les contestations intéressant les col- lectivités pudliques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matiéres qui intéressent l'ordre public .
(L.n° 75- 596 du 9 juill. 1975). «Toutefois. Des categories d'établisse- ments publics à caractére industriel et commercial peuvent étre autorisées par décret à compromettre » .
GOCBEAUX (Gilles) . BLHR (philippe) et. HENRY (Xavier) code civ- il 24^{ed} . 1997 . Dulloz – p 1518 .

الناشئة عن العقد للتحكيم طبقاً لأحكام القانون الإيطالي في جنوة .

وقضـــت محكمة Aix en. Provence في ١٥ مايو ١٩٥٩ بعدم اختصاصها وذلك لأن العقد من العقود الدولية والتي لا يخضع للحظر الوارد بمقتضـــى المادتيـــن ٨٣ ، ١٠٠٤ . وأن تطبيق هذا الحظر على مثل هذه الاتفاقـيات ســـوف يضـــر بمصـــالح الـــبلاد وســـمعتها في محيط التجارة الدولـــية[١]. وهـــو ما سبق وقررته أيضاً محكمة استئناف باريس في ١٠ أبريل ١٩٥٧ .

وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم في ١٤ أبريل ١٩٦٤[٢]. علـــى أنـــه في الجانب الآخر ظل مجلس الدولة الفرنسي رافضاً للتحكيم في العقـــود الإدارية[٣]. ودرج مجلس الدولة الفرنسي على بطلان شرط التحكيم فـــي العقـــود الإدارية وذلك استناداً إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنســـي وإلـــى أن اختصاصـــه بنظر منازعات الأشخاص العامة أمر من النظام العام ولا يمكن مخالفته .

وذهـب مفوض الدولة إلى أن الوزراء لا يستطيعون حل المنازعات بـــاللجوء إلى التحكيم وترك الاختصاص القضائي وذلك لأن التحكيم لا يكفل ذات الضـــمانات الـــتي يوفرها القضاء ولم يفرق مجلس الدولة في إبطاله

---

(1) Aix – en Provence. 5 Mai 1959. O.N.I.C-C upitaine S.S San Carlo. Revue Trimestrielle de droit Commercial . 1959 p. 875 note Boitard.

(2) Cass. Civ. 14 Avril 1964 sirey 1964 not j : Robert.

(٣) راجع :

VEDEL (G)., Delvolvé (P). : dtoit administratif. T. 2. p.u.f. 1992 pp. 49 et s.

لشرط التحكيم من منازعات الدولة أو الأشخاص العامة أو الأقاليم[١].

وفى أحد أحكام المجلس ذهب مفوض الدولة GAZU إلى أن حظر التحكيم فــى منازعات الأشخاص العامة مبدأ قانونى وقضائى مستقر دون حاجــة إلى الإسناد إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسى لا سيما المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤[٢].

وإزاء هــذا الموقــف الصارم من مجلس الدولة الفرنسى وتعميمه علــى كافــة المنازعات التى تتعلق بمرفق عام حتى وإن لم تكن من طبيعة إدارية . فقد تدخل المشرع الفرنسى للحد من إطلاق هذه القاعدة[٣].

---

(1) Chopus (R): droit administratif general, T.I. 6ᵉ éd. Montchrestien. 1992 p. 281 . De laubadére : Contrats administtttatifs. T.II. L.G. D. J. Paris. 1984. p. 950. C.E. 27 Mars 1893, ch. De Fer du Nord. S. 1894 p. 119 Concl. Romieu. «Les ministres ne peuvent remettre aux des arbitres la soluution d'une question litigieuse. Parce qu'ils ne peuvent se dérober aux Juridictions établies » .

وانظر أحكام المجلس فى هذا الإتجاه أيضاً :

C.E. 22 jonvier 1947. Dedachy Rec . p. 93 .
C.E . 28 Avril 1948 Officé public d'hobitations a bon marché de seine-et-Eoise . Rec . P: 180 .
C.E. 27 Décembre 1948 . Hospices de Montpellier Rec . P. 497.
C.E. 5 Juillet 1950 . société Française de Constuctions . Rec. p. 416 .

(2) C .E. 13 Décembre 1957 . la société nationale de ventes des surplus (S.N.V.S) . AJ . 1958 . 2. p. 91. concl F. Gazin , note J L. L'huillier. JCp 1958 n° 10800 .

(3) Storme (M) : L'arditroge entre personnes de droit public et personnes de droit public et personnes de droit prive . Rev . Arblitrage 1978 . pp. 113 et s.

المبحث الثانى

الاستثناءات التشريعية

التى أجازت التحكيم فى العقود الإدارية

تدخل المشرع الفرنسى - أكثر من مرة - لتقرير جواز اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية كما يلى :

أولاً : قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ وجواز التحكيم فى بعض العقود الإدارية .

ثانياً : قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ وجواز التحكيم فى العقود الدولية .

المطلب الأول

قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦

نص هذا القانون فى المادة ٦٩ منه على جواز التحكيم وفقاً لأحكام الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد[1]. وحدد هذا القانون نطاق تطبيقه ، وشروط إعماله[2]. وذلك على الوجه التالى :

أولاً : نطاق تطبيق القانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ :

أجاز القانون التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد:

---

(1) Piur la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures . L'état . les departments et les Communes pourront récourir a l'arbitrage tel qu'il est reglé pat le titre III de code de procedure civile) .

(2) Stillunkes : L' arbitrage en droit administratif . op . cit .pp. 19, et s. De lau-badé des contrats abministratifs . op . cit . p. 948 .
وراجع أيضا شمس ميرغنى على : التحكيم فى منازعات المشروع العام ، المرجع السابق ، ص ٣٢٥ .

Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux public et de fournitures . وعلى ذلك حدد هذا القانون طبيعة النزاع بتصفية نفقـات عقـود الأشـغال العامـة والتوريدات ، ومن ثم لا يتعدى ذلك إلى المـنازعات الـتى تنشأ عن هذه العقود ولا تتصل بهذه المشكلة . هذا من ناحـية ، ومـن ناحية ثانية يجب أن تتصل هذه المنازعات بعقد من عقود الأشغال العامة والتوريد . ومن ثم لا تخضع للتحكيم المنازعات التى تتصل بتصفية النفقات الناشئة عن أى عقد إدارى آخر غير هذين العقدين .

ومن ناحية ثالثة ، فإن القانون حدد نطاقه بعقود الأشغال العامة والتوريد الـتى تـبرمها الدولـة ، L'Etat ، والمديـريات Les departments والمحلـيات Les Communes ، وقـد اعتبر مجلس الدولة هذا التعداد علـى سبيل الحصر . وترتيباً على ذلك استبعد من نطاق تطبيقه المشروع العام[1].

ثانيا : شروط إعمال القانون :

اشترط القانون لاعماله ما يلى :

١ - أن يـتم اللجـوء إلـى التحكـيم عـبر مشـارطة تحكـيم Compromis أى بعـد نشـوء النزاع فلا يصح وفقاً لهذا القانون إدراج شـرط تحكـيم إبتداء من العقد إنما يتم بعد حدوث النزاع . وإقرار القانون لمشـاركة التحكـيم دون شرط التحكيم يتفق مع ما ذهب إليه المشرع من تقيـيد نطـاق تطبـيق هذا القانون بنوع معين من المنازعات والتى تتصل بتصـفية نفقـات الأشغال العامة والتوريدات . فمشارطه التحكيم تبرم بعد النزاع وتحسس جوانبه وتحديد طبيعته وهل يجوز فيه التحكيم أم لا ، وذلك

---

(1) C.E 13 Décembre 1957 , S.N.V.S, R.D.P. 1958 p. 83.

علـى خـلاف شـرط التحكيم والذى يدرج فى العقد عادة عند إبرامه وقبل نشوء أى نزاع بين أطرافه .

٢- موافقـة مجلـس الـوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية والوزيـر المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة أو التوريد الخاصة بالدولة .

٣- أمـا إذا تعلـق بعقود بالمديريات Departements يجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص .

وإذا تعلق العقد بالبلديات فإنه يجب موافقة المجلس البلدى واعتماد مدير المقاطعة .

وهذه الأشكال تعتبر جوهرية ويترتب على مخالفتها بطلان مشارطة التحكيم[1] .

المطلب الثانى

قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦

وجواز التحكيم فى العقود الدولية

حدث أنه فى سنة ١٩٨٦ أرادت فرنسا أن تتعاقد مع شركة أمريكية لإقامة ملاهـى علـى نسـق ملاهي والت ديزني في الولايات المتحدة الأمريكية . وأصـرت الشـركة الأمريكـية أن تضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد ، وعرض الأمر على مجلس الدولة الذى رفض إقرار شرط التحكيم فى العقد واعتبره مخالفاً للنظام العام . كما

---

(1) C.E.22 Janvier 1937, Debachy, Rec. p. 93 .

أن شروط تطبيق المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى الحديث غير متوافرة – إذ أن هـذه المـادة لا تسمح إلا بعقد مشارطة تحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد .وذلك بعد نشوء النزاع .

وأمـام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم ، صـدر قـانون ١٩ أغسـطس ١٩٨٦ والـذى أجـاز للدولة وللمقاطعات وللمؤسسـات العامـة أن تقبل شرط التحكيم فى العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية[1]وذلك استثناء من أحكام المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى واشترط القانون لتطبيقه ما يلى :

١- أن يكـون العقد مبرماً مع شركة أجنبية ، أى يكون عقداً دولياً ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التى تبرم بين شركات وطنية .

٢- أن يكـون العقـد بخصـوص مشروع ذا نفع قومى حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم .

ويشـمل نطاق هذا القانون كل العقود الدولية التى تبرمها الدولة أو المقاطعـات أو المؤسسـات العامة ، ومن ثم فلا يقتصر نطاق تطبيقه على عقـود الأشـغال العامـة وعقـود التوريد . كما أنه يجيز التحكيم فى كافة المنازعات التى تنشأ عن هذه العقود .

٣- اشـتراط صـدور مرسـوم من مجلس الوزراء للموافقة على

---

(1) Art. 9 « Par derogation a l'article 2060 du code civil. l'Etat les col- lecivités territoinles et les établissement publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des soietés étrangeres pour la realization d'operation d'intérét national. Àsouscrire des clauses com- promissoires en vne retation des ces contrats » .

تضـــمين العقد شرط التحكيم . وذلك يكون فى كل حالة على حدة .ومجلس الـــوزراء وهـــو بصدد موافقته على إدراج التحكيم بالعقد لـــه أن يتأكد من توافر الشروط التى حددها القانون .

ويتضـــح مما سبق أن تطور الأخذ بنظام التحكيم فى العقود الإدارية فـــى فرنســـا ســـواء كان ذلك في صورة الشرط أو المشارطة يؤكد حرص المشـــرع الفرنســـى تجـــاه الأخذ بالتحكيم ، وحساسية القضاء الإدارى فى تطبـــيق النصـــوص التشـــريعية التى تقرر ذلك . وذلك على الرغم من ان فرنســـا كدولـــة لا يمكـــن أن يصدق فيها تلك المخاوف التى تؤرق الأنظمة القانونية والقضائية فى دول العالم الثالث بشأن التحكيم .

الفصل الثانى

التحكيم فى العقود الإدارية فى مصر[1]

عرف النظام القانونى المصرى التحكيم منذ زمن بعيد . على أن أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بديلاً عن القضاء لم تأخذ مكانا عليا فى مصر إلا أوائل الثمانينات من هذا القرن مع اتجاه الدولة إلى نظام الاقتصاد الحر وتخصيص شركات القطاع العام . فبدأ الاتجاه إلى التحكيم يتزايد . وبدا أن التنظيم القانونى الوارد بقانون المرافعات قاصر عن ملاحقة مشكلات الواقع العملى .

ولعل أبرز هذه المشكلات كانت تلك التى تتصل بالتحكيم فى العقود الإدارية و مع غياب النص التشريعى الذى ينظم التحكيم فى العقود الإدارية.

---

(١) راجع :- إبراهيم على حسن : تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة قضايا الدولة – السنة ٤١ العدد الثانى ، أبريل – يونيه ١٩٩٧ ، ص٢ .

- محمد كمال منير : مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية وتعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ق ؛ جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ مجلة العلوم الإدارية – السنة الثالثة والثلاثون – العدد الأول – يونيو ١٩٩١ .
- أحمد الشلقانى : التحكيم فى عقود التجارة الدولية – مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة العاشرة ، ١٩٩٦ ، العدد الأول ص٧٩ : ومحاضرته فى التحكيم فى عقود الدولة ذات العنصر الأجنبى بتاريخ ١٩٨١/٤/٩ ، نادى مجلس الدولة سابق الإشارة إليها .
- زكى محمد النجار : الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية ، ١٩٩٣ – دار النهضة العربية ، ص٣٣٤ .

ومــع تــزايد اتجــاه الدولة والأشخاص العامة الأخرى إلى تضمين العقود الإداريــة شــرط أو مشــارطه تحكــيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقــود. اختلف الفقه وتضاربت أحكام القضاء حول مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

وعــندما صدر قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نص فى المادة الأولى منه على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القــانون علــى كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخــاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هــذا التحكــيم يجــرى فى مصر ، أو كان تحكيماً دولياً يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون » .

ولم ينه هذا النص الخلاف حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية . فعلى الرغم من أن جمهور الفقه قد ذهب إلى شمول هذا النص للتحكيم فى العقود الإدارية . ذهب الرأى الآخر إلى عدم جواز ذلك ، وأن هذا النص لم يحسم الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية . وبجلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٦ أصدرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتواها والتى خلصت فيها إلى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية .

هــذه الــتطورات استدعت من المشرع أن يتدخل مرة ثانية لتعديل المــادة الأولــى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بإضــافة فقــرة ثانــية تنص على «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإداريــة يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى

اختصاصــه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك» .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناولها كالتالي :

المبحث الأول : غياب النص التشريعي واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الثاني : صــدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الثالث : خضــوع العقــود الإداريــة للتحكيم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

المبحث الأول

غياب النص التشريعي واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية الصادر برقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بيــن نصوصه التي نظمت التحكيم في الباب الثالث منه ما يحمل بين طياته انتصاراً لرأي دون آخر في مسألة التحكيم في العقود الإدارية .

فالمــادة ٥٠١ من هذا القانون نصت على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين » .

فهذا النص قد أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما أجازه في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين .

وظاهـر النص يجيز التحكيم فى جميع العقود بحسبانه أطلق عبارة جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين . يستوى فى ذلك أن يكون عقداً مدنياً أو إدارياً .

وقد كان العمل يجرى أن الإدارة تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد لا سيما فـى عقود الأشغال العامة وعقود الاستغلال[1]. وعند حدوث نزاع تلجـأ للقضاء تستنجد به زاعمة بأن التحكيم لا يجوز فى العقود الإدارية . وهو موقف فى حقيقة الأمر يبعث على الحيرة والدهشة.

حـيرة تأتى من موقف الدولة أو الأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكـيم عـند إبرام العقد ، وكانت تستطيع أن ترفض ذلك .ويبقى للطرف الأخر – فى هذه الحالة – إما قبول إبرام العقد دون شرط التحكيم – أو عدم إبـرامه . ثـم بعد ذلك تنقض ما سبق ووافقت عليه . وبذلك ينطبق عليها القـاعدة الأصـولية التى تقول من سعى إلى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه[2].

---

(١) مـن الشـائع إدارج شـرط التحكيم فى عقود البترول . وعقود استغلال الثروات المعدنـية بصفة عامة . راجع : محمد طلعت الغنيمى : شرط التحكيم فى اتفاقات البـترول . مجلـة الحقـوق للـبحوث القانونـية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – السنة العاشرة ١٩٦٠ – ١٩٦١ ، العدد الأول والثانى ، ص٥١ وما بعدها . أحمـد أبـو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى . المرجع السابق ، ص٥٨ وما بعدها . وأيضا أحمد الشلقانى : الدولة والتحكيم فى عقود التجارة الدولية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة ١٩٦٦ العدد الأول ، ص٧٩ .

(٢) فـى الحـالات التى عرضت على القضاء الإدارى ، كانت الإدارة قد قبلت بإرادتها شرط التحكيم فى العقود الإدارية . وعند حدوث النزاع لجأت للقضاء الإدارى الذى قضى باختصاصه بنظر النزاع .

والدهشة من تقاعس المشرع عن التدخل واتخاذ موقف حاسم تجاه التحكيم في العقود الإدارية أياً كانت صورة هذا الموقف .

علـى أنـه إذا كان موقف المشرع المصرى من التحكيم فى العقود الإداريـة غير مبرر . فإن اختلاف الرأى سواء لدى الفقه أو القضاء حول جـواز أو عـدم جـواز التحكيم فى العقود الإدارية كان يستند إلى مبررات قانونية . وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية

ذهـب الـرأى الأول إلـى عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية ، واستند هذا الرأى الى عدة حجج أهمها :

أولا : التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة :

تنهض هذه الحجة على أساسين :

يتمـثل الأسـاس الأول فـى ان التحكـيم يعتـبر فى حقيقته سلب لاختصـاص القضـاء الوطنى الذى هو مظهر أساسى من مظاهر سيادتها . وإذا كـان مقـبولاً بالنسبة لمنازعات الأفراد بعضهم البعض ، فإن قبولها بالنسبة للدولة يعتبر ماساً بهذه السيادة .

أمـا الأسـاس الثانى فيتمثل فى أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطنى ويؤدى إلى تطبيق القانون الأجنبى[1].

---

(١) فـى مناقشة هذه الحجج راجع : محسن شفيق : التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص٤٠ وانظر أيضاً أحمد الشلقانى : التحكيم فى عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص٨٣ .

وفـى الحقيقة نرى أن الاحتجاج بسيادة الدولة فى هذا المجال أمر فـى غـير محلـه ، ذلـك مـع التسليم بأن التحكيم يعتبر فى حقيقته سلباً لاختصاص قضاء الدولة ، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى قانون يسمح به.

فالمشـرع الوطنى هو الذى يسمح بالتحكيم حتى ولو كان اختيارياً وأن إرادة الأطـراف ليسـت كافية بذاتها لخلقه ، وإنما يتطلب الأمر تدخل المشرع لإقرار اللجوء إليه ، هذا من ناحية .

ومـن ناحـية أخـرى : فـإن التحكيم لا تنقطع صلته بالقضاء . فالمشرع الوطـنى فـى النصوص التى تنظم التحكيم يحرص على أن يعطى للقضاء سـلطة التدخل فى أعمال المحكمين سواء بالمساعدة والمؤازرة أو الرقابة والإشراف وهى أمور يختلف مداها من نظام إلى آخر .

ومـن ناحية ثالثة : فإنه إذا جاز للقاضى أن يحسم الخصومة بحكم اسـتناداً إلـى رأى خبير ، أفلا يجوز أن يلجأ أطراف الخصومة إلى الخبير مباشرة لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم(١).

ومـن ناحـية رابعة ، فإن الأشخاص العامة وهى بصدد إبرام العقد الإدارى وإدارج شرط التحكيم فيه تستطيع تطبيق القانون الوطنى .

حقـيقة الأمر أن استخدام مبدأ السيادة فى هذا النطاق نراه أمراً فى غـير محله وإن كان مرده فيما يبدو لنا خشية الدول النامية ومخاوفها من نظـام التحكـيم . والتى مدارها الاختلال الواضح وعدم التوازن البين الذى يمـيز علاقـات هـذه الـدول بالدول الكبرى والشركات الكبرى فيها والتى تحـرص على تضمين العقود التى تبرمها مع الدول النامية شرط التحكيم .

---

(١) فى هذا المعنى راجع : محسن شفيق : المرجع السابق ، ص ٤١ .

وذلـــك لكى تستبعد من خلاله المثول أمام القضاء الوطنى والقانون المعمول بـــه فـــى هذه الدول[١] والدول النامية لا تقدر عن رفض التحكيم جملة وذلك لأنـــه أصبح مطلباً أساسياً للشركات الأجنبية عند إبرامها للعقود الدولية مع هذه الدول .

ثانـياً : جـواز التحكيم فـى العقـود الإداريـة يعتبر عدواناً على اختصاص القضاء الإدارى بنظر هذه المنازعات :

ذلـــك أن اختصــــاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية مقرر بـــنص الدســـتور ، فالمادة ١٧٢ من الدستور المصرى تقضى بأن مجلس الدولـــة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالنظر فى المنازعات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى .

كمـــا أن القـــرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ يـــنص فـــى المادة العاشرة منه على أنه تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :

(حـــادى عشـــر) ... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد وبأى عقد إدارى آخر .

وتطبـــيقا لـــذلك فـــإن التحكيم الذى يعتبر سلباً لاختصاص القضاء الإدارى بـــنظر المنازعات الإدارية والذى قرره الدستور ونص عليه قانون مجلس الدولة[٢] .

---

(١) Audit (Bernard) : Jurisprudence et droit Du developpement , sous la direction De Herve Cassan, Contrats internationaux et pays en de-veloppement 1989 ; economica, p. 115 et s.

(٢) محمد كمال منير : المرجع السابق . ص٣٢٠ .

وفـي الحقـيقة أن نص المادة ١٧٢ من الدستور لا تجدي في هذا المقام ، فالنص على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية يهدف إلى تقرير ضمان استقلال مجلس الدولة بنص دستوري يغل يد المشرع العادي عن النيل من هذا الاستقلال .

أمـا نـص المـادة العاشرة في فقرتها حادي عشر على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. إنما يفسره تطور اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات . فالقانون رقـم ٩ لسـنة ١٩٤٩ كـان ينص في المادة الخامسة منه على أن تفصل محكمـة القضـاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامـة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد .

ويترتـب على رفع الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية..

وكـان هـذا الاختصاص المشترك والذي أقره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ يمثل شذوذاً في التنظيم القانوني لمسألة الاختصاص بنظر منازعات العقـود الإدارية . وهو الأمر الذي صححه القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشـأن إعـادة تنظيم مجلس الدولة إذ نص في المادة العاشرة منه على أن يفصـل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقـود الالـتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد أخر وهو ما حرص علـى تأكيده القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة العاشرة سالفة الذكـر . ومن ثم يتضح أن عبارة تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها .. لا يقصـد مـنها استبعاد العقود الإدارية من نطاق التحكيم كوسيلة لفض

المنازعات . هذا فضلاً عن أن التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لم يكن له صدى فى وعى المشرع حين إصدار قوانين مجلس الدولة ومنها القرار بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

المطلب الثانى

جواز التحكيم فى العقود الإدارية

ذهب الرأى الثانى إلى جواز التحكيم فى العقود الإدارية وذلك استناداً إلى عدم وجود نصوص تشريعية تمنع التحكيم فى العقود الإدارية. فالمادة ٥٠١ من قانون المرافعات تنص على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين .. ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة .

ويجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلاً .

ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح ولا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه .

فهذا النص وان لم يواجه أساساً مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية، إلا أنه أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين . وهى عبارة من السعة بحيث تشمل فى رحابها فكرة العقد الإدارى .

وإذا كان نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات قد حظر التحكيم فى

المســائل التى لا يجوز فيها الصلح . فإنه من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أنه ليس من المحظور على جهة الإدارة التصالح فى منازعات العقود الإدارية، حـتى ولـو لـم يوجد نص يجيز ذلك بشرط ألا يمس الصلح مسائل تتعلق بالنظام العام[١] .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها[٢]. إلى أنه .. لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانه ما أثير من أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ومن ذلك الاتفاقيات الحاصلة على كيفية المحاسبة بشـأن تنفيذ العقود الإدارية ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهـة الإداريـة الماليـة المترتـبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع .

وحقـيقة الأمر أن استخدام نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات للقـول بجـواز التحكـيم فـى العقود الإدارية أمر يتجاوز حدود هذا النص فالتحكيم يعتبر طريقاً استثنائياً لفض المنازعات بصفة عامة وهو فى حقيقة يعتبر عدواناً على اختصاص القضاء يسلبه بعضاً من المنازعات التى يجب أن تخضـع لــه . ومـن ثـم فـإن إقراره لابد وأن يكون بنص تشريعى صـريح[٣]. وهـو مـا اسـتقر عليه الأمر فى فرنسا ، حيث أنه لا يسمح

---

(١) راجـع سـليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٨٤ ، ص١٧٢ . محمد كمال منير : مدى جواز الالتجاء إلى التحكيم الاختيارى فى العقود الإدارية . تعلق على حكم الإدارية العليا – المرجع السابق ، ص٣٤٣ . زكى محمد النجار : المرجع السابق ، ص٢٣٦ .

(٢) حكـم المحكمـة الإداريـة فـى طعن رقم ٨٠٢ لسنة ١١ق جلسة ١٠/٢/١٩٦٨ الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثامن عشر ، ص٨٧٠ ، قاعدة رقم ٥٥٧ .

(٣) محمد كمال منير : المرجع السابق ، ص٣٤٠ .

بالتحكيم في المنازعات الإدارية إلا حيث يوجد نص تشريعي يجيز ذلك .

وثمة حجة أخرى تساق للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية مستمدة من القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المادة ٥٨ إذا تنص على .. ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة .

فهذه المادة تفيد بجواز التحكيم في العقود الإدارية . وتضع قيداً على ذلك وهو استفتاء إدارة الفتوى المختصة

على أن الرأي الآخر ، والذي يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية يذهب إلى أن هذا النص لم يرد به ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية . وذلك على اعتبار أن مشروعية الاتفاق على التحكيم مسألة منفصلة عن ما يقتضيه نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة من إلزام المشرع للجهات الإدارية بعدم الاتفاق على التحكيم إلا إذا استفتت إدارة الفتوى المختصة[1].

---

(١) محمد كمال منير : المقال السابق الإشارة إليه ، ص٣٤١ .

المبحث الثانى

صدور القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية

بتاريخ ١٨ أبريل ١٩٩٤ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . ونص فى مادته الأولى على مايلى :

مع دعم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .

وقد حددت هذه المادة من القانون نطاق تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .

فهل حسمت هذه العبارة الجدل الذى أشتد أواره فى الفقه والقضاء فى مصر قبل إصدار القانون حول مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية .

ذهب جمهور الفقه المصرى إلى أن هذا النص قد شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح نصه على امتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص .

كما أن المذكرة الإيضاحية للقانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم حين نصت على .. سريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو

أشخاص القانون الخاص فحسم المشروع بذلك الشكوك التى دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التى يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .. هذا من ناحية .

على أن الرأى الآخر ذهب إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية وذلك راجع إلى خطورة المشكلة وتشعبها وتعدد جوانبها . ومن ثم يصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التى وردت فى المادة الأولى من هذا القانون . فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخارقة للشريعة العامة وهى قواعد القانون الإدارى وهى فى معظمها قضائية من خلق القضاء الإدارى يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذى لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه[1].

وفى حقيقة الأمر أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم والمناقشات التى دارت حوله فى مجلس الشعب وما أوردته المذكرة الإيضاحية لا تقطع برأى نهائى فى مسألة التحكيم فى العقود الإدارية . كما أن المناقشة البرلمانية لهذه المادة كانت بالغة الضعف ، ولم ترق أبداً إلى أهمية النص باعتباره يحدد نطاق تطبيق القانون .

فمن ناحية أولى : استندت إلى معلومات خاطئة . فالقول بأن موضوع

---

(١) أكثم الخولى : الاتجاهات العامة فى القانون التحكيم الجديد ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى الدولى وتجارب الدول المختلفة ، التى اعتمدت القانون النموذجى ، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى ، ١٢ – ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ .

التحكيم فى العقود الإدارية قد حسم بإفتاء مجلس الدولة غير صحيح . فإذا كانـــت الجمعية العمومية قد ذهبت إلى جواز التحكيم فى العقود الإدارية فى فـتواها الأولى ١٩٨٩/٥/١٧ - فإنها فى فتواها الثانية قد قيدت ذلك بعدم اســتبعاد القواعــد الموضــوعية الــتى تحكــم العقود الإدارية فى القانون المصرى.

هــذا فضـــلاً عن أن المحكمة الإدارية العليا قد رفضت فى أحكامها الصادرة بعد هاتين الفتويين التحكيم فى العقود الإدارية . ومن ثم فإنه يبقى مـــن غـــير المنطقى الزعم بأن مجلس الدولة قد أتخذ موقفاً من التحكيم فى العقـــود الإداريـــة . بل إننا سوف نرى أن الجمعية العمومية قد عدلت عن موقفهـــا من التحكيم فى العقود الإدارية ، وذهبت فى فتوى لها بتاريخ ١٨ يسمبر ١٩٩٦ إلى عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

ومن ناحية ثانية : فإن المناقشات البرلمانية بخصوص المادة الأولى مـــن القـــانون علـــى الوجـــه الذى بيناه لم تنه المشكلة حتى داخل مجلس الشـــعب. فبعد إقرار المادة بحالتها كما جاءت بالمشروع تجدد النقاش حول التحكيم فى العقود الإدارية عند مناقشة المادة الثانية[1] .

---

(١) تنص المادة الثانية من القانون على يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشـــمل ذلـــك علـــى سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات والسياحية وغـــيرها ونقـــل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والـــنقل وعملـــيات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية .

فعـندما أعترض أحد الأعضاء على أمثلة العقود التي تعددها المادة علـى اعتـبار أن .. ضرب الأمثلة ليس من عمل المشرع بل هو من عمل الفقـه والقضـاء ، وفـى التطبيق فهذه المادة تضرب أمثلة عديدة وعندما تسـاءل لماذا هذه الأمثلة ؟ فقيل له أنها من أجل أن نتفادى النص صراحة على العقود الإدارية .

المبحث الثالث

خضوع العقود الإدارية للتحكيم
بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

بعـد صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بعدم صـحة شـرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية . سارعت الحكومة إلى مشـروع قـانون بتعديل المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكـيم فـى المواد المدنية والتجارية . وذلك لتشمل بنطاقها التحكيم فى العقـود الإداريـة . وصدر به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وجاءت المادة الأولـى منه على الوجه التالي « تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم فـى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية ، نصها كالآتي :

« وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقـة الوزيـر المخـتص أو مـن يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك » .

وهذا التعديل يثير مسألتين :

الأولى : نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

الثانية : شروط التحكيم فى العقود الإدارية وفقاً لما يتطلبه هذا القانون .

المطلب الأول

نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

أضافت المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فقرة ثانية إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، تنص على «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك» .

ونصت المادة الثانية على أن «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره» .

أولاً : يتمثل موضوع القانون فى منازعات العقود الإدارية :

نص القانون على أنه « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم .. » وعلى ذلك فإن هذا القانون قد شمل برحابه جميع منازعات العقود الإدارية سواء كانت فى مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من آثار ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن النص ينطبق حكمه على كافة العقود الإدارية، فلم يخصص المشرع عقوداً معينة وخصها بجواز التحكيم فيها . كما أنه لم يستبعد من نطاق التحكيم أى عقد إدارى .

ونصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أمثلة

لكثير من العقود الإدارية حين نصت على « يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى . عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأرضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية » .

وفي حقيقة الأمر فإن ماذهب إليه المشرع المصرى فى قانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من جواز التحكيم فى العقود الإدارية دون أن يستتبع ذلك تحديد نطاق موضوعي لتطبيقه أمر قد يؤدى إلى إهدار مصالح عليا للدولة.

فالتحكيم مهما قيل عن مميزاته ، فإنه فى نطاق العقود الإدارية الدولية يضع المنازعة في جل الحالات - إن لم يكن كلها - بين يدى محكمين أجانب يطبقون قانوناً أجنبياً . وهو يصبح أكثر خطراً عندما يتعلق الأمر بعقود تتصل باستغلال الثروات الطبيعية أو عقود الامتياز التى تتعلق بها والتي قد تمتد سنين عدداً وتنصرف آثارها إلى أجيال مقبلة . أو عقود تمس الأمن القومي مثل عقود التنمية ونقل التكنولوجيا . ففي كل هذه الأحوال يعتبر اللجوء إلى التحكيم خطراً لا يتناسب مع الفائدة التى يمكن أن ترجى منه .

ذلك أنه إذا كان التحكيم يستهدف تشجيع الاستثمار ، فلا يمكن أن يكون ذلك على حساب المصالح الوطنية العليا . هذا مع الأخذ فى الاعتبار

أن نصيب دول العالم الثالث ومنها مصر من الاستثمارات الأجنبية مازال ضئيلاً جداً . وهو أمر معروف رغم عدم وجود الإحصاءات الرسمية . وعلى الجانب الآخر فإن الدول العربية ، وفى مقدمتها مصر أصبحت تسرف فى استخدام التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها .

فقد ورد فى إحدى دراسات تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس فيما يتعلق بتحكيم الأطراف العربية . أنه فى عامى ١٩٨٤ ، ١٩٨٦ مثلت الأطراف العربية ما يقرب من ١٤ % من عملائها من أصل ٣٠ % قدمها العالم الثالث (أفريقيا - أسيا - أمريكا اللاتينية) وفى المدة من سنة ١٩٨١ إلى سنة ١٩٩٠ بلغ إجمالى القضايا المصرية المرفوعة أمام غرفة التجارة الدولية بباريس ١٤٣ قضية تقف مصر فى ٤٢ منها فى مركز المدعى بينما تقف فى ١٠١ منها فى مركز المدعى عليها . كما توجد لمصر ١٦ قضية أخرى أمام البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بالإضافة إلى ٣٢ قضية أمام مركز القاهرة للتحكيم الإقليمى لتصل قيمة الأموال المتنازع عليها مليار دولار على الأقل[1].

ولا يقدح فى هذا النظر ما استحدثه القانون من ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة . مع تقرير عدم جواز التفويض فى ذلك . فذلك نراه قيداً ضعيفاً

---

(١) محمد بجاوى : العالم العربى فى تحكيم غرفة التجارة الدولية - نشرة هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية - مايو ١٩٩٢ - مجلد رقم ٣ - اص٨ . وانظر تعليقات وتحليلاً لهذه الإحصائيات :ناريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم - المرجع السابق ، ص١٠٧ . هدى مجدى عبد الرحمن : دور المحكم فى خصومة التحكيم - المرجع السابق ، ص٣ .

وكــان أحــرى بالمشــرع المصرى أن يستشعر خطورة التحكيم فى بعض العقود الإدارية . ويعمل على إحاطته بضمانات تعزز من قدرة الدولة كطرف أساسى فى هذه العقود .

وحقــيقة الأمــر نــرى أن المشرع المصرى قد أهدر فرصة كبيرة أتيحــت لتنظيم التحكيم فى العقود الإدارية وذلك عند تدخله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ . وكان يمكن له أن يحيط العقود الإدارية بضمانات أكثر جدية منها :

أولاً : اشــتراط صدور قرار من مجلس الوزراء بالنسبة للعقود التى تتصــل بالتنمية ونقل التكنولوجية أو استغلال الثروات الطبيعية وغيرها من العقــود الــتى تــتعلق بمصالح الدولة العليا أو الأمن القومى . وتلك أمور موضــوعية تتضــح من مطالعة بنود العقد وشروطه عند إبرامه . نحن لا نقــول بحظــر التحكيم فى مثل هذه العقود ولكن تنظيم ضمانات جدية لعدم إســاءة اســتخدام التحكــيم فى مثل هذه العقود[١]. وتعتبر موافقة مجلس الوزراء أقل ما يمكن تتطلبه فى هذا المجال .

وفــى القــانون الفرنسى تشترط المادة ٢٠٦٠ صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقعاً عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم فى عقود الدولة والعقود الدولية والتى تعتبر ذات نفع قومى .

ثانيـاً : عرفــنا أن للتحكيم صورتان الشرط- CLAUSE COM PROMISSOIRE وهو قد يرد فى ذات العقد مصدر الرابطة القانونية ،

---

(١) فــى شهر مايو ١٩٩٢ خسرت مصر قضية هضبة الأهرام وواجهت مطالبات بدفع ٢٧,٦ مليون دولار .

أو يكون فى وثيقة مستقلة عنه . غير أنه يكون فى كل الأحوال سابق على قيام النزاع .

أما مشارطة التحكيم COMPROMIS فهى اتفاقيات لاحقة على قيام النزاع . وعلى ذلك فإن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل إنما مشارطة التحكيم تواجه نزاعاً قائما .

وإذا كان شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا وتطبيقاً فى العمل ، إلا أننا نرى أن مشارطة التحكيم أكثر ملاءمة من شرط التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية . ذلك أن إبرام مشارطة التحكيم يكون بعد وقوع النزاع . فيكون عقد التحكيم أكثر انضباطاً نظراً لمواجهته نزاعاً قائماً فعلاً . بخلاف شرط التحكيم الذى يواجه نزاعاً محتملاً لم تتحدد معالمه بعد .

وهو الأمر الذى تنص عليه المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى الفرنسى حيث أنها أجازت التحكيم عبر مشارطة التحكيم وذلك لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

المطلب الثانى

شروط تطبيق القانون ٩ لسنة ١٩٩٧

نص القانون على شرطين لجواز التحكيم فى العقود الإدارية وهما شرطان يتصلان بالجهة التى تأذن بالتحكيم فى العقود الإدارية .

الشرط الأول : موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة .

الشرط الثانى : عدم جواز التفويض فى ذلك .

الشـرط الأول : موافقـة الوزيـر المختص أو مـن يقـوم مقامـه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة :

ووفقـاً لهذا الشرط فإنه لا يجوز لأى جهة حكومية أن تضمن العقد شـرطاً أو مشارطة تحكيم إلا بموافقة الوزير المختص . ومن المفترض أن الوزيـر المخـتص يراجع مشروع العقد قبل إبرامه ثم بعد ذلك يرخص في اللجوء إلى التحكيم .

وبررت المذكرة الإيضاحية للقانون اشتراط موافقة الوزير المختص علـى تضـمين العقـد شرط التحكيم « .. لاستعمالها وضماناً لوفاء اتفاق التحكـيم عندئذ باعتبارات الصالح العام وبحيث يكون المرد في هذا الشأن للوزيـر المخـتص أو مـن يمارس اختصاصاته فى الأشخاص الاعتبارية العامة»[1].

ومـن الواضـح أن هـذا التعديل الذى أتى به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ كـان اسـتجابة لفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصـادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٨ ، والتى جاء بها « .. وأن شـمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقـط بمـا إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو ما لغيره ، والأصل – عند عدم النص – عدم صحة ما يجريه الشـخص فـى شـأن غيره وماله وأنه إذا كان شرط التحكيم فى منازعات العقـود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتماله وصيا ومحكمة فإنه فى

---

(١) انظـر مضـبطة مجلس الشعب – الفصل التشريعى السابع – دور الإنعقاد العادى الثانى ، الجلسة الستين – الأربعاء ٢٣ أبريل ١٩٩٧ ، ص١٨ .

منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمـال الولايــة هــنا بعمــل تشريعى يجيز شرط التحكيم فى العقد الإدارى بضـوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن بها فـى أيــة حالــة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأى هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام[1].

وفى الحقيقة ، فإن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنســبة للأشخاص الاعتبارية العامة قد يكون كافياً بالنسبة لبعض العقود الإدارية ولكنه ليس كافياً بالنسبة الأخر والتى تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعــية أو عقــود الإمتياز المتعلقة بها وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا وغــيرها من العقود التى تتصل بالمصالح العليا للدولة والتى كان يجب أن يشترط لإدراج شرط التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء ذلك أدعى للحيطة وضبطاً لممارسة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية .

الشرط الثانى : لا يجوز للوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التفويض فى ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم فى العقود الإدارية .

منع القــانون ٩ لسـنة ١٩٩٧ الوزيــر أو من يتولى اختصاصه بالنســبة للأشــخاص الاعتــبارية العامــة أن يفــوض غيره فى ممارسة اختصاصــه بالموافقة على التحكيم فى العقود الإدارية ، سواء تمثل ذلك فى شرط أو مشارطة تحكيم .

وعــدم الــتفويض فى مثل هذا الاختصاص مرده من ناحية أولى :

---

(١) فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ .

أهمية العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم فيها بحيث تكون موافقة الوزير على إدارج شرط التحكيم فى هذا العقد ضمانة لعدم إساءة استخدام التحكيم فى العقود الإدارية نظراً لما يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطنى والإلتجاء إلى هيئة تحكيم عوضاً عن اللجوء إلى قضاء الدولة المختص.

ومن ناحية ثانية : فإن عدم التفويض يعنى حصر المسئولية عن تضمين العقد شرط أو مشارطة تحكيم فى الوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة . ولا سيما المسئولية السياسية وذلك عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص بصورة تمس المصالح العليا للدولة[1].

تلك هى الشروط التى يتطلبها القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ لخضوع العقود الإدارية للتحكيم على أنه ثمة شرط آخر يجب إعماله بجوار ما يتطلبه هذا القانون .

وهذا الشرط تنص عليه المادة ٥٨ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ، ويقتضى هذا الشرط ضرورة أخذ رأى

---

(١) يقضى المبدأ العام أنه لا يجوز التفويض فى ممارسة الاختصاص إلا بناء على قانون يجيز التفويض . فصاحب الاختصاص ملزم بأن يمارس اختصاصه بنفسه ، وذلك لأن الاختصاص ليس حقاً لصاحبه بل وظيفة يمارسها من يراه القانون أهلاً لذلك .

راجع التفويض الإدارى :- محمود إبراهيم الوالى : نظرية التفويض الإدارى ، دراسة مقارنة ١٩٧٩ ، الطبعة الأولى - دار الفكر العربى . - سليمان محمد الطماوى : الوجيز فى القانون الإدارى - دراسة مقارنة ١٩٨٩ ، ص٥٨ .

الجمعيـة العمومية لقسمى الفتوى والتشريع عند إبرام عقد إدارى يتضمن شـرطاً أو مشـارطة تحكـيم إذا كانت قيمة هذا العقد تتجاوز خمسة آلاف جنـيهاً . وبذلك تقضى المادة ٥٨ فى فقرتها الثالثة بنصها على ما يلى ولا يجـوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقـبل أو تجـيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة » .

وطـبقاً لهذا النص فإن الوزارات أو الهيئات العامة أو أى مصلحة مـن مصـالح الدولة ملزمة بأن تستفتى إدارة الفتوى المختصة عند قيامها بـأى نشاط مما ذكرته الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ سالفة الذكر ومن بينها الإتفاق على التحكيم . على أنها غير ملزمة بإتباع الرأى الذى تفتى به هذه الإدارة فهو رأى غير ملزم للإدارة[١].

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : فى القضاء الإدارى ومجلس الدولة – المرافعات الإدارية، منشأة المعارف ، ص٧٥ .

الفصل الثالث

آثار التحكيم فى العقود الإدارية

يتمثل التحكيم أسلوباً لفض المنازعات ، ملزم لأطرافها . وينبنى على اختيار أطراف المنازعة أفراداً عاديين للفصل فى منازعاتهم .

وعلى ذلك فإن نظام التحكيم أساسه إرادة أطراف النزاع ، فهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة ، وهم الذين يحددون عدد المحكمين ويسمونهم إن شاءوا ويعينون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التى يخضع لها . وعلى ذلك فإن التحكيم يقتضى فى غالب الأمر ولا سيما فى العقود الدولية التى يكون طرفها أجنبياً أمران :

الأمر الأول : استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها الأطراف ويعهدون إليها ببعض المنازعات التى تنشأ بينهم .

الأمر الثانى : استبعاد تطبيق القانون الوطنى على النزاع واختيار قانون أجنبى لتطبيقه على العقد .

ونظرية العقود الإدارية ككل نظريات القانون الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر هى نظرية قضائية فى المقام الأول . وإن كان هذا الأمر لم يمنع من تدخل المشرع لتنظيم جانب أو أكثر من جوانب العقود الإدارية، أو عقد إدارى معين .

ويترتب على ذلك .. خضوع العقود الإدارية لنظام قانونى وقضائى مختلف عن النظام القانونى والقضائى الذى تخضع له العقود المدنية .

وعلى ذلك فخضوع العقد الإدارى لنظام قانونى لا يعتد بنظرية العقد

الإدارى كما هى معروفة فى فرنسا ومصر والدول التى تأخذ بهذا النظام يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه.

ومما سبق يتضح أن التحكيم قد لا تتفق معطياته مع خصائص العقد الإدارى والنظام القضائى والقانونى الذى يحكمه . فتضمين العقد الإدارى شرط التحكيم يؤثر على خصائص هذا العقد وعلى النظام القانونى الذى يحكمه.

ومن الواضح أن خضوع العقد الإدارى للتحكيم يؤثر على معيار تمييز العقد الإدارى . فالإدارة قد تبرم نوعين من العقود ، عقوداً مدنية وعقوداً إدارية . والعقود الإدارية لا تكفى أن تكون جهة الإدارة طرفاً فيها. وإنما يجب علاوة على ذلك أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن تضمنه الإدارة حين إبرامه شروطاً غير مألوفة استثنائية تجعل للإدارة مركزاً متميزاً عن مركز المتعاقد معها . ومرد ذلك بطبيعة الحال تحقيق المصلحة العامة .

ولما كان التحكيم اسلوباً لفض المنازعات ، ينبنى على إرادة الأطراف فهم الذين يختارونه ، ويحددون الإجراءات التى يجب على هيئة التحكيم إتباعها حين الفصل فى المنازعة ، فإن التساؤل يثور عن أثر التحكيم على المعيار المميز للعقد الإدارى من حيث اتصاله بمرفق عام ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد الشروط الاستثنائية .

فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً غير مألوفة فى عقود الأفراد فى القانون المدنى ، وبها تكون الإدارة فى مركز متميز عن مركز الأفراد . فإن مرد ذلك هو اتصال العقد الإدارى بنشاط مرفق عام أساسا يستهدف إشباع حاجة عامة وتحقيق مصلحة عامة . فإنه يخضع

لمبادئ حاكمة لنشاطه أهمها دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد . هذا المبدأ يقتضي أن يحتوى العقد من الشروط ما يضمن قيام المرفق بأداء الخدمة بانتظام واطراد.

على أن خضوع العقد الإدارى للتحكيم يصعب معه التسليم بذلك إلا إذا خضع العقد لنظام قضائى يمايز العقد الإدارى من العقد المدنى . فكما هو معروف ليست كل النظم القانونية تعرف هذا التمايز .

وعلى ذلك فخضوع العقد الإدارى لنظام قانونى لا يعتد بنظرية العقد الإدارى كما هى معروفة فى فرنسا ومصر والدول التى تأخذ بهذا النظام يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه.

وإذا كان التحكيم الداخلى قد يحفظ للعقد الإدارى خضوعه للنظام القانونى المصرى . ومن ثم يستصحب معه القواعد الموضوعية على المنازعة الإدارية ، ففى مثل هذه الحالات يمكن الحفاظ على خصائص العقد الإدارى مع وجود شرط التحكيم . ففى التحكيم الداخلى فى غالب الأحيان يكون الغرض من التحكيم استبعاد الاختصاص القضائى توخيا للسرعة فى فصل المنازعات دون أن يستتبع ذلك بالضرورة استبعاد القواعد الموضوعية التى تطبق على العقد . وهو التحكيم الذى أجازته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بفتواها بجلسة ١٩٩٣/٢/٧ قبل إصدار قانون التحكيم الجديد[١] .

أما عند خضوع العقد الإدارى للتحكيم الدولى ، وخضوعه لنظام قانونى وقضائى لا يعرف التمييز بين العقد المدنى والعقد الإدارى ، فإن

---

(١) راجع ما سبق ص : ٧٢ .

ذلك يستتبع أن تتجرد الإدارة من سلطاتها التى تكون لها بمقتضى العقد الإدارى ويفقد شرطاً مهماً من الشروط التى تميزه . ومن ثم يؤدى بالعقد أن تتحول طبيعته إلى عقد مدنى ، وذلك ما لم تشترط الإدارة صراحة فى العقد تضمينه الشروط الاستثنائية أياً كان النظام القانونى الذى يخضع له العقد . وهو أمر غير متاح فى أغلب الأحيان وذلك لحرص المتعاقد الأجنبى أن ينأى بنفسه وبالعقد عن النظام القانونى والقضائى الوطنى . وعلى ذلك فإن خضوع العقد الإدارى للتحكيم على هذه الصورة يؤدى إلى هدم لأهم عناصر نظرية العقد الإدارى كما شادها مجلس الدولة سواء فى فرنسا أو فى مصر ولعل هذه النتيجة تفسر لنا تشدد القضاء الإدارى وعدم تسامحه تجاه إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة .

الباب الرابع

آثار العقد الإدارى



الفصل الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة
وسلطات الإدارة في مواجهته

يلــتزم المــتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التى نص عليها العقد وفقــاً لما اتفق عليه . وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها بــتاريخ ١٦/٥/١٩٩٥ « ... ومــن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر علــى حقــوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تحدد طبقا لنصوص العقــد ، مــن ثم فإن النص الذى يتحدد باتفاق المتعاقدين فى العقد الإدارى يقــيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه ، مرد ذلــك إلــى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التى تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته»[1] .

وعلى ذلك فإن محور التزامات المتعاقد مع الإدارة تدور حول تنفيذ التزاماته بصفة شخصية وفقا لما نص عليه العقد المبرم بينه وبين الإدارة، وما تنص عليه القوانين واللوائح . وذلك كما يلى :

---

(١) المحكمــة الإداريــة العليا : الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٦/٥/١٩٩٥ الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ٤٩ ص١٥٣ .

المبحث الأول

التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته شخصيا

كما سبق؛ ورأينا فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يخضع لإجراءات محددة ومنظمة وذلك لارتباط العقد الإدارى بنشاط مرفق عام ، وعلى ذلك فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يبنى أساساً على الاعتبار الشخصي ومن ثم يجب أن يقوم المتعاقد شخصياً بتنفيذ الالتزامات التى تنتج عن العقد . والالتزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه التزام عام يشمل جميع العقود الإدارية . على أن ذلك قد يختلف فى مدى الالتزام به من عقد إلى أخر . ففى عقد الالتزام يكون تطبيق هذا الالتزام بصورة كاملة وذلك ناتج - بطبيعة الحال - من الصلة المباشرة بين المرفق والملتزم والتى تضمن له الهيمنة الكاملة على المرفق .

وفى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى إلى «أن العقد المبرم بين المدعى والحكومة هو من العقود الإدارية التى يحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية ... أى أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه ...»[1].

وفى هذا السياق قررت المحكمة الإدارية العليا ذات المبادئ فى حكمها بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٨ «أنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ س١١ ص١٧٤ .

غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن ..»[١].

وفي حكم آخر لها بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٥ ذهبت إلى أن «... تنازل المقاول عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية يصم التنازل بالبطلان ولا يحتج به في مواجهة الجهة الإدارية فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين جهة الإدارة أي علاقة تعاقدية تخول له المطالبة بأى حقوق شخصية قبل الإدارة ...» [٢].

ويترتب على ضرورة التزام المتعاقد شخصياً الالتزامات التي تترتب على العقد الإدارى بيان حكم القانون في بعض المسائل كما يلي:

١ - التعاقد من الباطن والنزول عن العقد .

٢ - موت المتعاقد .

٣ - إفلاس المتعاقد أو إعساره .

أولاً : التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن :

الأصل العام أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد . ولا يجوز له أن يحل غيره محله فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها . وهذه القاعدة منصوص عليها تشريعياً فى مصر في المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه «لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى فى هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد ، كما

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - ١٩٦٢/١٢/٢٨ المجموعة ٩ ص٣٢٤ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٩٤ س٢٩ ق.ع جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥.

لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق» .

ومرد ذلك كما سبق أن اختيار الإدارة للمتعاقد معها يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى مقدرته المالية أو كفاءته الفنية أو حسن سمعته . ولذلك فإن تنازله عن العقد لغيره يخل بهذه الاعتبارات .

ولقد كانت المادة ٨٣ من لائحة المناقصات رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ تجيز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد لشخص آخر بموافقة الإدارة .وقد قضت محكمة القضاء الإداري فى حكمها السابق الإشارة إليه بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ على أن «.. لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره (فى تنفيذ التزاماته) أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد الإدارى بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد أو إلغاؤه اعتباراً بأن الخطأ جسيم» .

ولم تتضمن اللائحة التنفيذية للقانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ أو القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هذا الحكم ، ومن ثم فإنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتنازل كليا عن تنفيذ العقد لغيره .

وفى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٥ قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه «... وأن الإدارة تملك فسخ العقد الإدارى إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لفترة إذ لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره فى تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن بحيث إذا حصل التنازل عن العقد الإدارى اعتبر باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ بما يؤكد ذلك أن اللائحة التنفيذية

للقـانون رقـم ٩ لسنة ١٩٨٣ على خلاف اللائحة الملغاة لم تمنح الإدارة سـلطة تقديـرية بالموافقة أو عدم الموافقة على تنازل المتعاقد مع الإدارة عـن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها لفترة أو تعاقد مع أخر من الباطن لتنفيذ العقد الإدارى[١] .

واستقر القضاء الإدارى فى مصر على أن تنازل المتعاقد عن عقده يمـثل خطـأ جسيما يبرر للإدارة أن تفسخ العقد ففى حكمها أقرت محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٠ نوفمبر ١٩٥٧حق الإدارة فى فسخ العقد بينها وبيـن المتعاقد الذى تنازل لغيره عن العقد . وفى حكم لها بتاريخ ٣٠يونيه ١٩٦٠ قـررت أن «إقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الإدارية ثم تخليه فعلاً عن التزامه وحقوق للسيد .. المحروم من دخول مناقصات الوزارة يعد مـن قبـيل الغش والتلاعب فى نطاق العقد الإدارى على الإطلاق مما يفسخ العقد تلقائيا بغير إنذار ومما يبرر حرمان المدعى من دخول المناقصات»[٢].

وذهبـت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متساوية إذ بها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذ يعلو فيها الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكـرة هى التى أملت الأصل المقرر فى تنفيذ العقود الإدارية وفحواه عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية مجالاً للوساطات والمضاربات»[٣] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق.ع جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥.

(٢) محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٦٠ س١٤ ص٦٩ .

(٣) الجمعـية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع : فتوى ملف رقم ٥٤/١/٣٢٥ جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٣ . مشـار إلـيه فـى محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص٨٢ .

أمـــا عن التعاقد من الباطن فيعنى أن المتعاقد مع الإدارة يتفق مع الغـــير لتنفـــيذ جزء من التزاماته الناتجة عن العقد الإدارى . وعلى خلاف التنازل عن العقد ، فإن التعاقد من الباطن لم ينظم في قانون المناقصات أو لائحــته التنفــيذية ومن ثم فإنه كأصل عام يكون مشروعاً بشرط أن توافق عليه جهة الإدارة .

والتعاقد من الباطن أمر مألوف خاصة إذا كان موضوع العقد يشمل أعمالاً متباينة كعقود الأشغال التى تتضمن بناء عقارات وتجهيزها .

وموافقـــة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يتطلب فيها شكل معين فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً على أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطــن لا يترتــب عليه أن يصبح المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة ، وإنمـــا هذه الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعاً .ويبقى المتعاقد الأصلى هو المســـئول أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه وما تنص عليه القوانين واللوائح المعمول بها .

علـــى أنـــه لا يعد من قبيل التعاقد من الباطن ما يبرمه المتعاقد مع الإدارة مـــن اتفاقيات أو صفقات للحصول على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد .

ومممـــا هـــو جدير بالذكر أن الصور الحديثة لبعض العقود الإدارية الكبـــيرة مـــثل عقود الإنشاءات بنظام تسليم المفتاح وعقود البوت وغيرها والـــتى يلتزم فيها المتعاقد مع جهة الإدارة فى إطار منظومة عقدية متعددة الجوانـــب تســـتلزم مـــنه ضرورة التعاقد من الباطن مع مقاولين وموردين لتنفيذ العقد الإدارى فى مثل هذه الحالات نرى أنه مما يحقق مصلحة الإدارة يقـــوى ضمانات تنفيذ العقد أن تعترف وتقر الجهة الإدارية بالمتعاقدين من

الباطن بل ويمكن لها أن تشترط سبق موافقتها عليهم . وهو الأمر يستدعي تغيير مجلس الدولة لاتجاهات المتشددة في هذا النطاق .

ويترتب على مخالفة المتعاقد لأحكام التنازل عن العقد أو تعاقده من الباطن بغير موافقة الإدارة عدة أمور أهمها كما يلي :

١ - أن هـذا التنازل أو التعاقد يعتبر خطأ جسيماً يبرر للإدارة فسخ العقد وتوقيع ما تراه من الجزاءات التي تتناسب مع ذلك .

٢ - إن هـذا التـنازل أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة في الحالـة الأخيرة لا يمكن أن يحتج فيه في مواجهة الإدارة فلا المتنازل إليه ولا المـتعاقد مـن الباطن بينه وبين الإدارة أية علاقة يمكن الاحتجاج بها لإثـبات حـق أو الوفاء بالتزام . وفي هذه الحالة يبقى المتعاقد الأصلي مع الإدارة مسئولاً في مواجهتها كما لو كان هذا التنازل أو التعاقد لم يكن .

على أن هذا لا يمنع المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة بـتعويض عمـا تكـبده في تنفيذ العقد بناء على نظرية الإثراء بلا سبب. على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين الإدارة .

ثانياً : موت المتعاقد مع الإدارة :

إعمـالاً للاعتـبارات الشخصـية التي تحكم اختيار الإدارة للمتعاقد معها. فإن وفاة هذا المتعاقد يؤدى إلى إنهاء العقد . هذه هي القاعدة العامة التي يطبقها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه .

علـى أنـه يجوز أن ينتقل العقد إلى الورثة إذا رأت الإدارة ذلك أو وافقت عليه .

وذهـب رأى في الفقه الفرنسي إلى أن العقد ينتقل إلى الورثة دون

حاجة لموافقة الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك[1].

على أن الأمر فى مصر مختلف فقد واجه المشرع هذه الحالة بنص المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ « إذا توفى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة .

وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفى أحدهم فيكون للجهة الإدارية الحق فى إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقى المتعاقدين بالاستمرار فى تنفيذه . ويحصل إنهاء فى جميع الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء .

وعلى ذلك فإنه وفقا لأحكام هذه المادة فإن الإدارة هى التى تقرر إما فسخ العقد أو استمرار الورثة فى تنفيذه . وفقا لما تستلزمه هذه المادة من إجراءات .

ثالثاً : إفلاس المتعاقد أو إعساره :

إذا أفلس المتعاقد أو أعسر ، فإن ذلك لم يكن ليؤدى إلى فسخ العقد بقوة القانون فى فرنسا وإنما كانت الإدارة بالخيار بين أن يستمر المتعاقد معها فى تنفيذ العقد على الرغم من إفلاسه أو إعساره وبين أن تفسخ العقد – على أنه بصدور قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ يجوز لوكيل الدائنين أن يطلب

---

(١) De laubadére, op. cit., p. 50 .

الاســـتمرار فـــى تنفيذ العقد وللإدارة أن تقدر إما الاستجابة لهذا الطلب أو فسخ العقد تحقيقا للمصلحة العامة .

والأمـــر أيضا مختلف في القانون المصرى إذ نصت المادة ٢٤ من القـــانون رقـــم ٨٩ لســـنة ١٩٩٨ علـــى أن إفلاس المتعاقد مع الإدارة أو إعساره يعد سبباً موجباً لفسخ العقد تلقائيا . فقد نصت على أن يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الآتيين :

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر ..»[1].

المبحث الثانى

سلطات الإدارة فى مواجهة المتعاقد

لعـــل مـــن أهـــم ما يميز العقد الإدارى عن العقد المدنى هو مركز الإدارة فـــيه . فهـــى فى العقد الإدارى تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلاً فى عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام وإطراد .

وتتمثل هذه السلطات فيما يلى :

أولاً : حق الإدارة فى الرقابة .

ثانياً : حق الإدارة فى تعديل العقد .

ثالثاً : حق الإدارة فى توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد .

هذه السلطات مسلم بها فى القضاء الإدارى فها هى محكمة القضاء

---

(١) laubadére , op. cit., p. 50 .

الإدارى في حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ تقرر أن « القانون الإدارى .. يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد . وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت - حسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى وهى تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد لأنها تتعلق بالنظام العام»[1].

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها . ومن ذلك حكمها بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨ إذ قضت أن « .. للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام»[2].

وعلى ذلك فإن سلطات الإدارة تتميز بما يلى :

١ - إنها من النظام العام فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها أو تحجم عن استخدامها إن توافرت مبرراتها . وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها أو يحجم هذا الاستخدام يكون باطلاً بطلانا مطلقاً .

٢ - إن استخدام الإدارة لهذه السلطات إنما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتى تتمثل فى ضمان استمرار المرفق فى أداء وظائفه بانتظام وإطراد .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ - سابق الإشارة إليه .

(٢) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨ س ١٣ ص١٢٥ .

٣- إن الإدارة تستطيع اللجوء إلى هذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد . وفى جميع الأحوال لا يستطيع المتعاقد معها أن يدفع هذه السلطات بقاعدة القوة الملزمة للعقد أو أن العقد شريعة المتعاقدين فذاك غير صحيح بالمرة إذ أن الأمر يتعلق بعقد إدارى .

وسوف نتناول كل هذه السلطات بمزيد من التفصيل :

المطلب الأول

حق الرقابة

فالإدارة لها حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معها في تنفيذ العقد .

وحق الرقابة على المتعاقد قد يؤخذ بمعنى ضيق وهو يعني مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذا صحيحاً متفقا مع شروط العقد. وهي قد تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة .

على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج على القواعد العامة في تنفيذ العقود عموماً . ومن ثم فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها حين تنفيذ العقد يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشمل. فمقتضاه تتدخل الإدارة في التنفيذ ولها أن توجهه كما تشاء وفق المصلحة العامة . فلها أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ او الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين .

وحق الإدارة فى الرقابة وإن كان ثابتا لها فى كل العقود الإدارية إلا أن مدى استعماله قد يختلف من عقد إلى آخر . فهو فى عقد الالتزام أوسع مجالاً وأرحب نطاقاً ، ومرد ذلك أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق ومن ثـم يحـق للإدارة أن تتدخل فى كل وقت لتغيير أسلوب الملتزم فى الإدارة وطريقة تعامله مع المنتفعين بخدمات المرفق .

ونظـراً لأهمية هذا الحق فى عقد الالتزام فقد نصت عليه المادة ٧ مـن القـانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ علـى أنه «لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق موضوع الالتزام وسـيره مـن الـنواحى الفنية والإدارية والمالية وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبيـن عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المـرفق ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمـانح الالـتزام . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية – بناء على اقتراح الوزيـر مـانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديـوان المحاسـبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة. كما يجوز للوزيـر المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غـيرها مـن الـوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على الـتزامات المرافق العامة وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجـنة المكلفـة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقا للأحكـام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل

ذلــك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت» .

أمــا فى عقود الأشغال العامة فإن هذا الحق لا يكون بهذه الصرامة كمــا هو الحال فى عقود الالتزام ولكنه أيضا مسلم وتنص عليه المادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات بقولها « يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكــون مســئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعــاد كــل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

أما فى عقود التوريد فإن حق الرقابة للإدارة يكون أضعف ، إذ من المســلم أن الأصــل هــو حرية المتعاقد فى اختيار أسلوب التنفيذ فى هذه العقــود على أن هذا لا ينفى إمكانية استخدام الإدارة لهذا الحق إن كان له مقتضــى . فهو حق يشمل العقود الإدارية ولكن تطبيقه يختلف مداه حسب طبيعة كل عقد .

وهــو الأمــر الذى قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠ « العقــود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع شخصى خارجى مناطه احتياجات المرفق الذى تستهدف العقود تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين فــى العقــود المدنــية مــتوازية ومتساوية إذا بها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذا يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكــرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإدارى ويترتب على ذلك

أن للإدارة سلطة «الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود»[1] .

وحــق الإدارة فــى الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد وبنوده فهو غير حقها فى تعديل العقد . وعلى ذلك فهى تستخدم هذا الحق فى إطار نصــوص العقــد وشروطه ولا يتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة .

المطلب الثانى

حــق التعديــل

تعتــبر ســلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص . والذى يحكمها قاعدة قانونية عتيدة تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين .

وســلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ينص عليها فى العقد دائما باعتــبارها من الشروط غير المألوفة التى تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية .

ولكــن التساؤل يثور حول حق الإدارة فى أن تستخدم سلطاتها فى الــتعديل إذا لــم يــنص عليها فى العقد ؟ . يذهب الرأى الراجح فى الفقه الفرنســى إلى أن حق الإدارة فى تعديل شروط العقد الإدارى حق ثابت لها ســواء نصــت عليه فى العقد أو لم تنص عليه . ذلك أن النص على سلطة الإدارة فى التعديل يعتبر كاشفا لحقها فى ذلك لا منشئا له .

وذهــب آخــرون إلى إنكار ذلك على الإدارة فالقاعدة أن الإدارة لا

---

(١) المحكمة الإدارية العليا: ٢٠ /١٩٥٧/٤ الموسوعة الإدارية – جـ١٨ – ص٨٣٢.

تستقل بتعديل شروط العقد إلا إذا وجد النص على ذلك صراحة .

وفى الحقيقة نظراً لأهمية هذا الحق وضرورته لانتظام سير المرفق العام بانتظام واطراد فإن الإدارة دائما ما تحرص على أن تضمنه عقودها .

أما في مصر فإن المشرع حرص في القوانين التي نظمت المناقصات في مصر على النص عليه صراحة ، وهو الأمر المستقر عليه في نص المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتي تنص على « يحق للجهة الإدارية تعديل كميات او حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة» .

ونصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن «لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به» .

ولأهمية حق الإدارة في تعديل عقودها جاءت أحكام القضاء الإدارى مفصلة لأحكامه ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى في ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ إذ نص على «أن تملك الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف

الآخــر أو تنقصـــها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو الـــنقص على خلاف ما ينص عليه العقد . وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هــذا التعديل ، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وذلك لأن طبيعة العقــود الإداريـــة وأهدافهـــا وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة . تفسترض مقدماً حدوث تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق . وأن التعاقد معها يتم على أساس أن نية الطرفين انصـــرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامـــة ممـــا يترتـــب عليه أن الإدارة وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المـــرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقـــيق تلـــك المصـــلحة . ومـــن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصـــوص العقـــد فحســـب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإدارى به وضرورة الحرص على انتظام سيره»[1] .

ومـــن ذلـــك أيضـــاً - حكمها بتاريخ ٣ يونيه ١٩٥٧ إذ قررت أن «ســـلطة جهة الإدارة فى تعديل العقد أو فى تعديل طريقة تنفيذه هى الطابع الرئيســـى لـــنظام العقود الإدارية ، بل هى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقـــود الإداريـــة عـــن نظام العقود المدنية ، مقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف فى معـــاملات الأفـــراد فـــيما بيـــنهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فـــتزيد مـــن أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو

---

(١) محكمة القضاء الإدارية ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ - سابق الإشارة إليه .

المصلحة العامة هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وهي من القواعد المقررة في مجال القانون الخاص ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره - تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة . وهي في ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقا . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة .. فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الإدارة في تعديل .. لذلك فإنه من المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام»[١] .

وتنظم المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة

---

(١) حكمة القضاء الإداري : ٣٠ يونية لسنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ق - سابق الإشارة إليه .

١٩٩٨ صـــورة من صور تعديل العقد الإدارى وذلك بنصها على أن «يحق للجهـــة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ٢٥% بالنســبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجــوز فــى حـــالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة .

ويجـــب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصـــة ووجـــود الاعـــتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ...» .

وتنظم هذه المادة تعديل فى العقد لا تجاوز نسبته ٢٥% إلا بموافقة المـــتعاقد . وأن يكون هذا التعديل بذات الأثمان وموافقة المتعاقد هنا ليست شـــرطاً لإجراء التعديل فى ذاته ولكن لسريان هذا التعديل بأكثر من ٢٥% بـــذات الأســـعار ودون أن يكـــون للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق فى طلب التعويض عن ذلك .

وفـــى الحقيقة أن هذه الصورة من صور التعديل الذى تملكه الإدارة بـــنص القانون يمثل اخلالاً واضحاً وغبناً أكيداً لحقوق المتعاقد خاصة عند تغير الأسعار وارتفاعها وعدم ثباتها .

وكـــان يجب تقرير أن تكون هذه الزيادة بموافقة المتعاقد أو مقابل تعويض عادل يجبر زيادة الأسعار .

أساس حق التعديل :

يتأســـس حـــق التعديل على مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام

واطـــراد والتى تتطلب دوماً أن يكون المرفق قابلاً للتطور والتغيير . ولذلك كـــان من المحتم أن تأتى العقود الإدارية التى تتصل بنشاط المرافق العامة خاضـــعة لسلطة الإدارة فى التعديل والتغيير إعمالاً لهذه المبادئ التى تحكم المرافق العامة .

وهو الأمر الثابت فى الفقه والقضاء الإدارى ولا يمارى فيه أحد .

وارتـــباط ســـلطة الإدارة فى تعديل عقودها الإدارية بفكرة المرفق العام يترتب عليه عدة نتائج أهمها :

١ - أن حـــق الإدارة فى تعديل عقودها ثابت لها حتى ولو لم ينص عليه فى العقد . فالنص عليها بين شروط العقد لا يعدو أن يكون تنظيماً لها وبيان أوضاع ممارستها وحدوده .

٢ - أن ســـلطة الإدارة فى تعديل عقودها لا يمثل امتيازاً للإدارة فى مواجهـــة المـــتعاقد معهـــا وإنما هو ترجمة لمسئوليتها عن تنظيم وتسيير المـــرافق العامـــة[١]. ويترتـــب على ذلك بطبيعة الحال اتصال هذه السلطة بالـــنظام العـــام ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها أو تتفق على عدم ممارستها فى عقودها الإدارية .

وهـــو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونـــية ١٩٥٧ (ســـابق الإشـــارة إلـــيه) حيث ذهبت إلى أن «فإذا أشارت نصـــوص العقـــد إلى هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون فـــى ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الإدارة فى التعديل . لذلك فإنه

---

(١) فتحى فكرى : محاضرات فى العقود الإدارية - المرجع السابق ص٧١ .

مـن المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام» .

٣- ارتـباط هـذه السـلطة بتسيير المرفق العام تؤدى بالتبعية أن يقتصـر حـق الإدارة فـى مجال إعمالها على الشروط التى تتعلق بتسيير المرفق العام . فالشروط الأخرى التى لا تتصل بتسيير المرفق العام لا تكون محلاً للتعديل من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة وهو ما أستقر عليه قضاء مجلـس الدولة الفرنسي وذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها فى ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ (والسابق الإشارة إليه) حيث تقول «هذه السلطة ليست مطلقـة بـل يـرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق ومقتضياته» .

٤- أن سـلطة الإدارة فـى الـتعديل ليست سواء فى جميع العقود الإداريـة ، وإنمـا ترتبط بمدى مساهمة المتعاقد فى إطار العقد فى تسيير المـرفق العام . فهذه السلطة تكون بالغة الاتساع فى عقود الالتزام باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتسيير وإدارة المرفق نيابة عن الإدارة .

وكذلـك فـى عقود الأشغال باعتبار أن الإدارة هى صاحبة الأعمال محل العقد . وفى المقابل فإن هذه السلطة تضيق وتتضاءل فى عقود أخرى مـثل عقـد التوريد ، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها سـالف الذكر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ حيث تقول «أن سلطة التعديل لا تطـبق بقرار واحد فى جميع العقود بل تختلف باختلاف العقود على أساس مـدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة فى تسيير المرفق ، بمعنى أنه إذا كانت هـذه السلطة تبرز فى عقود الالتزام اعتباراً بأن للإدارة الاختصاص الأول والأصـيل فـى تسييرها فإنها تكون فى أضيق الحدود حيث يكون موضوع

العقد مساهمة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن في عقود التوريد» .

٥- أن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة وإنما يجب أن تمارسها الإدارة كضرورة تلجأ إليها حين يتعذر انتظام سير المرفق العام .

وهي كونها ضرورة فإنها استثناء من الأصل العام الذى يقضى بضرورة احترام القوة الملزمة للعقد . ولا يكون الخروج على ذلك إلا لضرورة والضرورة في كل الأحوال تقدر بقدرها .

وعلى ذلك لا يجوز لجهة الإدارة أن تستخدم سلطتها في التعديل لتغيير معالم العقد أو تغيير أسسه التي ينهض عليها وتطبيقا لذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن « موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً في نطاق الخدمة أو العمل كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن نطاق الجائز لها قانوناً وبهذه المثابة فإنه لا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد . وترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مدينة بنها إلى بلدة أبو النجا وهما يبعدان عن بعضهما مسافة ٤٠ كيلو متر تقريباً هذا النقل يجعل المتعاقد إمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة»[١] .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا[٢] إلى أن الأعمال الإضافية في عقود الأعمال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث

---

(١) سابق الإشارة إليها .

(٢) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٩ - ص٩٢٧ .

تكـون الـزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية» .

٦- أن استخدام الإدارة لسلطتها في التعديل إنما يقابله حق المتعاقد معهـا فـي الحصول على التعويض المناسب . وهو ما سوف نتناوله حين بحث حقوق المتعاقد مع الإدارة .

المطلب الثالث

حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد

تهـدف نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري إلى ضمان تنفيذ المـتعاقد مـع الإدارة لالتزاماته بصورة سليمة تضمن انتظام سير المرافق العامـة . فـإخلال المتعاقد بالتزاماته يؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد .

وهـو ما قررته محكمة القضاء الإداري بحكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٥٧ « .. أن توقـع عليه جزاءات تخضع لنظام قانوني غير معروف في القـانون الخـاص فالجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في الواقع من الأمـر تقويـم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة . والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك» [1] .

---

(١) محكمة القضاء الإداري : ١٩٥٧/٣/١٧ المجموعة - س١١ ص٢٧٢ .

والجـزاءات العقدية التى توقعها الإدارة على المتعاقد معها تخضع لنظام قانونى مختلف عن تلك الجزاءات التى يعرفها العقد المدنى وسوف نبحث :

أولاً : النظام القانونى للجزاءات الإدارية

ثانياً : صور الجزاءات الإدارية

الفرع الأول

النظام القانونى للجزاءات الإدارية

تخضـــع الجــزاءات الإدارية العقدية لنظام قانونى يختلف عن نظام الجزاءات فى العقود المدنية . وذلك كما يلى :

أولاً : جزاءات توقعها الإدارة بنفسها دون اللجوء إلى القضاء .

ثانياً : جزاءات تلجأ إليها الإدارة حتى لو لم ينص عليها صراحة فى العقد .

ثالثاً : ضرورة أعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه .

رابعاً : الرقابة القضائية على توقيع الإدارة للجزاءات .

وتفصيل هذه العناصر يجرى كما يلى :

أولاً : حق الإدارة فى توقيع الجزاء بنفسها :

فـــالإدارة توقـــع الجـــزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته العقديـــة بنفسها وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً وعلة ذلك ظاهـــرة أن تراخى المتعاقد فى تنفيذ التزاماته أو امتناعه عن ذلك قد يضر بالمرفق اضراراً كبيراً وتفادياً لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء .

والأصـــل أن هـــذه القاعدة تشتمل جميع الجزاءات الإدارية على أن مجلس الدولة الفرنسى استثنى من ذلك جزاء سحب الالتزام نظراً لخطورته

فجعل توقيعه للقضاء .

علـى أن القضـاء الإدارى فـى مصـر على خلاف مجلس الدولة الفرنسي جعل للإدارة سلطة توقيع كافة الجزاءات بنفسها بما فى ذلك سحب الالتزام .

ففـى حكمهـا بـتاريخ ١٧ مـارس ١٩٥٧ قررت محكمة القضاء الإدارى .. وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر فـى تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة فى استعمال سلطتها هذه ولابد من صدور قرار إدارى بذلك»[١].

وفـى حكمهـا بـتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧ قررت « وإذا كان سحب الالـتزام – بعد رأى مجلس النقل الاستشارى وموافقة مجلس الوزراء طبقاً لمـا تقضي به المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للركاب يعتبر جزاء شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن الـتجاء الإدارة إلـيه لا يكـون إلا فى أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة»[٢] .

وأقـرت المحكمـة الإدارية العليا ذلك فى حكمها بتاريخ ١٧ يونيه ١٩٧٢«أن الإدارة عـندما قامـت بسـحب الالتزام من المدعى ومصادرة التأمين النهائى إنما كان ذلك بسبب إخلال المدعى بشروط العقد وهو جزاء من قبيل الجزاءات التى تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : ١٧ مارس ١٩٥٧ المجموعة س١١ ص٢٧١ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى : ٣ مارس ١٩٥٧ المجموعة س١١ ص٢٣٩ .

بالتزاماته»[1].

والإدارة هي التى تقدر ملاءمة الجزاء لما اقترفه المتعاقد معها من أخطـــاء فـــى التنفيذ فضلاً عن كونها هى التى تحدد ميعاده . على أن يظل تقديرها فى هذا الأمر وذاك خاضعا لرقابة القضاء الإدارى . كما سنرى فيما بعد .

ثانياً : سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات الإدارية لا تحتاج إلى نص فى العقد :

فســلطة الإدارة فـــى توقيع الجزاء على المتعاقد معها لا يشترط أن ينص عليها فى العقد حتى يمكن لها أن تمارسها .

فهـــى ســلطة مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام فى تسييره أو تنظيمه ومن ثم فإنه إذا نص العقد على بعض هذه الجــزاءات فــإن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى تطبيق البعض الآخر دون أن يحاجها المتعاقد معها بعدم وجود النص عليها فى العقد .

ولذلك قررت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٥٧ «فليس بالذى يعتد به ما يقول به المدعى فى مذكرته من أن شروط المــزايدة لــم ينص فيها على حق الوزارة فى مصادرة التأمين لأنه مادام الغــرض من التأمين هو ضمان التنفيذ .. فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان مــا لــم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ سواء نـــص أو لم ينص فى الشروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراك دفع تأمين مع العطاء»[2].

على أنه يخالف هذه القاعدة ضرورة التزام الإدارة بجزاء محدد إذا

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٢/٦/١٧ . سابق الإشارة إليه .

(٢) محكمة القضاء الإدارة : ١٩٥٧/١١/١٧ المجموعة ص٥١٤ .

مـا اتفـق علـيه فـي العقد كجزاء محدد لمخالفة معينة . وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا «إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معينا ووضعا له جـزاء فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ولا يجوز لهـا كقـاعدة عامـة أن تخالفـه أو تطـبق فـي شـأنه نصوص لائحة المناقصات[١].

ثالثاً : اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه :

إعـذار المـتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أمر منطقي تفرضه قواعد العدالـة . فذلـك يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته أو تقصيره التي قد تضر بالمرفق ، ومن ثم يمكن له بعد أعذاره أن يصحح من هذه المخالفة وتنتهي المشـكلة عند هذا الحد . كما أنه يعني أيضا إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة إذا استمر في هذه المخالفة .

ومـن مقتضى ذلك أن تترك الإدارة لـه فرصة مناسبة بعد الأعذار حتى يتدارك الأمر ويصحح الخطأ .

والأعذار ضرورة تفرضه القواعد العامة في تنفيذ الالتزام ولا يصح الاعفاء منه إلا في إطار الاستثناء بنص تشريعي .

ويجب ان يتضمن الأعذار بيان المخالفات التي ارتكبها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها .

نصـت المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن «إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : ١٩٦٧/٤/٨ المجموعة س١٢ ص٨٨٢ .

يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق فى اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة .

أ - فسخ العقد .

ب- سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها .

والتزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه يمثل أصلا عاماً على أن مجال إعماله يكون إذا كان العقد ينفذ فى الظروف العادية أما إذا كان تنفيذ العقد يواجه حالات الضرورة كتوريد أغذية أو أسلحة للجيش وقت الحرب أو مواجهة كوارث طبيعية كزلازل وفيضانات وغير ذلك فلا محل لإلزام الإدارة بضرورة اعذار المتعاقد معها .

ولا يتطلب أن يتخذ الأعذار شكلاً محدداً ، وإنما يجوز للإدارة أن تبلغه المتعاقد بأى طريقة على أن تبين فيه وجه المخالفة والمهلة التى يمكن أن تمهله إياه حتى يصحح هذه المخالفة .

رابعاً : رقابة القضاء على سلطة الإدارة فى توقيع الجزاء :

لا يستقيم القول إذا كانت سلطة الإدارة فى توقيع الجزاء سلطة نهائية لا معقب عليها فذلك مما يتنافى مع المنطق والعدل . فإذا كان ارتباط العقد بنشاط مرفق عام قد أوجب أن تتميز الإدارة بسلطات واسعة وخطيرة فإن ممارستها لهذه السلطات يجب أن تكون تحت الرقابة القضائية . فهذه وحدها هى التى توازن سلطات الإدارة وتمثل ضمانا للمتعاقد . وتمنع الإدارة من أن تنحرف فى ممارستها بغياً أو كيداً .

ونظــرا لاتســـاع سلطات الإدارة وتنوعها فإن رقابة القضاء عليها حيــن تمارسها هى أيضا واسعة تشمل مشروعية هذه القرارات وملاءمتها فى آن واحد .

الفرع الثانى

صور الجزاءات الإدارية

تتنوع الجزاءات الإدارية إلى صور عديدة كما يلى :

أولاً : الجزاءات المالية .

ثانياً : وسائل الضغط والإكراه .

ثالثاً : الفسخ .

رابعاً : الجزاءات الجنائية .

وسوف نتناول كل منهما كما يلى :

أولاً : الجزاءات المالية :

وهـــى مبالغ مالية يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته . وهى إما تعويضات أو غرامات . وذلك على التفصيل التالى :

١- التعويضـــات :

الـتعويض يكــون جــبراً لأضرار أصابت الإدارة من جراء مخالفة المـــتعاقد معها لالتزاماته العقدية . وعلى ذلك فإن التعويض يكون لمواجهة أضـــرار لحقت بالإدارة ويقدر بقدر هذه الأضرار والناتجة بطبيعة الحال عن خطأ المتعاقد مع الإدارة .

وفـــى فرنســا فإن أحكام مجلس الدولة تعطى للإدارة الحق فى أن

تقدر قيمة التعويض بنفسها ، وإذا لم يقبل المتعاقد معها هذا التقدير فله أن يلجأ إلى القضاء ويجوز لها أيضا أن تحصله بناء على أوامر دفع تصدرها بإرادتها المنفردة .

أمـــا فـــى مصر فإن هذا الحق لم يثبت للإدارة لا بنص تشريعى ولا بحكـــم قضائى ، ومن ثم فلا مفر من أن تلجأ الإدارة إلى القاضى المختص لتقدير التعويض .

٢- الغرامـــة :

مـــبلغ مالى تقدره الإدارة وتنص عليه في العقد تستحقه عند إخلال المـــتعاقد باتفاقه وتختلف الغرامة عن التعويض فى أمرين **فمن ناحية أولى :** فإن الغرامة يجب النص عليها فى العقد حتى تستطيع الإدارة اللجوء إليها .

بـــل إن حـــق الإدارة فى اقتضاء الغرامة يثبت حتى ولو لم يصبها ضـــرر أو ترتـــب على هذا التأخير مصلحة لجهة الإدارة . وإن جاز للإدارة فى هذه الأحوال إعفاء المتعاقد من هذه الغرامة وفقاً للإجراءات التى حددها القانون .

ومـــن ناحـــية ثانـــية : لا تلتزم الإدارة بإثبات ما لحقها من أضرار من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزامه . فهى يحق لها أن تلجأ إلى إيقاع الغرامة عليه بصرف النظر عن أن هذا الأخير سبب للإدارة ضرراً أم لا .

ومـــن ناحـــية ثالثة : فإن اقتضاء الإدارة للغرامة المنصوص عليها فى العقـــد لا يمنع من حصولها على التعويض المناسب جبراً للأضرار التى قد تصيبها .

وغـــرامة التأخـــير مقـــرره أصلاً لضمان تنفيذ العقود الإدارية فى

المواعيد المحددة حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

وتنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على أن «يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ . على أن يوقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي وذلك بواقع ١% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% من قيمة العقد .

ثم تنص المادة ٨٣ في فقرتها الأخيرة على أن «ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير» .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «من حيث مفاد الإدارة وإلزامه بالتعويض بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب هذا التأخير أضراراً أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار بينما يستلزم تحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه»[1].

كيفية حساب الغرامة :

حددت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات في المادة ٨٣ كيفية

---

(١) محكمة القضاء الإداري : الطعن رقم ٣٧٦١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٨ الموسوعة الإدارية - جـ٤٩ ص٢٢٥ .

حساب الغرامة فى عقود المقاولات كما يلى :

«توقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى ان يتم التسليم الابتدائى وذلك ١% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% عن قيمة العقد وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

أما فى عقود التوريد فإن المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية تنص على مايلى «إذا تأخر المورد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد .. فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع ١% عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون قد تأخر فى توريدها وبحد أقصى ٣% من قيمة الأصناف المذكورة» .

الإعفاء من الغرامة :

تنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على ما يلى «ويعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، وللسلطة المختصة فى غير هذه الحالة بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر» .

فى عقود المقاولات يكون الإعفاء من الغرامة بشرطين الأول : أن

يكون التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد ، كأن يكون بسبب خارج عن إرادة المتعاقد ، كأن يكون بسبب القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أو حتى فعل الإدارة .

أما الشرط الثاني فهو أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

وفي غير ذلك من العقود يجوز للإدارة الإعفاء من الغرامة على ألا يتسبب التأخير في ضرر للإدارة فإن حدث هذا الضرر فلا يجوز الإعفاء من الغرامة .

ثانياً : وسائل الضغط والإكراه :

تهدف هذه الوسائل إلى إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته العقدية . وتقوم هذه الوسائل على حلول الإدارة أو من تراه محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام الذي لم يتم تنفيذه . وتتخذ هذه الوسائل في عقد الالتزام وضع المشروع تحت الحراسة ، وفي عقد الأشغال حلول الإدارة محل المتعاقد في تنفيذ العقد ، وأخيرا في عقد التوريد الشراء على حساب المتعاقد .

وعلى ذلك نصت المادة ٢٥ من قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بقولها «يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد وتنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة» .

ووسائل الضغط تعتبر جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد وإنما تكل تنفيذه إلى غير المتعاقد الأصلي وعلى مسئولية هذا المتعاقد[1]. وهو ما

---

(١) سليمان الطماوي : الأسس العامة – المرجع السابق – ص٥٢٥ .

قضـت بـه محكمة القضاء الإدارى حيث تقول « العقود الإدارية يجب أن تـنفذ بدقـة لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك ومن وسائل ضغط الإدارة علـى المـتعاقد المقصر أن تحل هى بنفسها محله او أن تعمل على إحلال شخص أخر محله فى تنفيذ الالتزام وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هـذا الإجـراء لا تضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسئولاً أمام جهة الإدارة وإنما تتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته»[١].

ومـا مـن شك فى أن الإدارة تلجأ إلى هذه الوسائل التى تحل بها محل المتعاقد معها فى تنفيذ العقد أو تسند ذلك إلى آخرين فى حالة الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد معه بالتزاماته الناتجة عن العقد .

وتمـارس الإدارة سـلطتها فـى هـذا النطاق وهى تخضع لرقابة القضـاء، فهـو يراقب مشروعية اللجوء إلى هذا الجزاء ومدى تناسبه مع الخطأ الذى وقع من المتعاقد .

ولقـد حـدث أن تعـاقدت وزارة الشئون البلدية مع أحد المقاولين بقصـد حفر بئر ارتوازى لمد أهالى بعض المناطق بالمياه العذبة . ولما بدأ المتعاقد فى تنفيذ العمل فوجئ بطبقة صخرية فلما تظلم للإدارة عوضته عن سابق حفره وسمحت له بالحفر فى مكان آخر . على أن الموقع الجديد كان كسـابقه تعـترض الحفـر فيه الصخور فتظلم مرة ثانية فصادرت الإدارة التأميـن وحجـزت آلات ومعـدات المقـاول وأسندت العملية لمقاول غيره لينفذها على حساب المقاول الأول .

فلجـأ إلـى القضاء فقررت المحكمة أن «قد ظهرت إرادة المصلحة

---

(١) محكمة القضاء الإدارى . ١٧ مارس - ١٩٥٧ س١١ - ص٢٧٢ .

ونيتها بصورة واضحة أن موضوع العقد لم يكن ينصرف إلى الحفر فى الصخر. ترتيبا على ما تقدم لم يكن يجوز للحكومة ما دام لتوقف المدعى عن العمل ما يبره قانونا طبقا لما اشتمل عليه العقد من نصوص وما انصرفت إليه نية الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد مما يعتبر داخلاً فى نطاقه . ما كان يجوز للحكومة أن تقوم بمصادرة التأمين .. ومن ثم فما دام المدعى لم يتخلف عن تنفيذ العقد حسبما سبق إيضاحه فلا سند إذا للحكومة فى الاستيلاء على هذا التأمين ومصادرته بدعوى توقيع غرامة أو استحقاقا لتعويض مما يتعين معه الحكم برد التعويض المذكور»[١].

ثالثاً : الفسخ :

الفسخ هو جزاء بمقتضاه تنهى الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها .

والفسخ آخر الجزاءات التى يمكن أن تلجأ إليها بعد أن يفيض بها الكيل . فالأصل أنها لا تلجأ إليه إلا إذا أعيتها الحيل فى ضبط المتعاقد معها فى تنفيذ التزاماته ولم تجد الجزاءات الأخرى فى ذلك .

والفسخ إما أن يكون وجوبيا إذا ما تحققت المخالفة التى نص عليها القانون ، وإما أن يكون جوازيا تقدر الإدارة اللجوء إليه من عدمه .

وذلك كما يلى :

١- الفسخ الوجوبى :

وهو ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ مشار إليه فى سليمان الطماوى – الأسس العامة – المرجع السابق – ص٤٨٧ .

١٩٩٨ « يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الاتيتين :

أ - إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة المتعاقدة أو حصوله على العقد .

ب- إذا أفلس أو أعسر .

ولاشك أن الحالة الأولى تنبأ بأن المتعاقد مع الإدارة قد استخدم غشا وتلاعباً مما يعد معه جرماً يستوجب العقاب وضرورة فسخ العقد وجوبيا حتى لا يستفيد من خطأه .

أما الحالة الثانية فلأن المتعاقد لم يعد قادراً على تحمل تبعات العقد ولم يعد قادراً الاستمرار فيه .

٢- الفسخ الجوازى :

الفسخ الجوازى يعنى أن الإدارة تلجأ إليه حينما تقدر لزوميته وأنه لا مفر من استخدامه وذلك لأن استمرار العقد قد يضر بالرفق العام .

ولقد ضرب قانون المناقصات ، ولائحته التنفيذية أمثلة للفسخ الجوازى ولكن من الثابت فقها وقضاء أنها لا تعدو أن تكون مجرد أمثلة وأية ذلك أن المادة ٢٥ من قانون المناقصات نصت على أنه « يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد .. إذا أخل بأى شرط من شروطه» .

ومن الأمثلة فى قانون المناقصات ولائحة التنفيذية ما نصت عليه المادة ٨٤ من هذه اللائحة على أنه إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة

المختصة الحق فى اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة أ : فسخ العقد .

وتخضع الإدارة حين تلجأ إلى فسخ العقد لرقابة القضاء وذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه « ومن حيث أنه وأن كان لجهة الإدارة الحق فى فسخ العقد الإدارى ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الالتجاء إلى القضاء باعتبار أن ذلك امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإدارى بالمرفق العام الذى يستهدف تسييره ، إلا أن ذلك يجب أن يكون لأسباب تبررها المصلحة العامة وإلا كان للمتعاقد معها أن يطلب الحكم له بالتعويض عما قد يلحق به من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذى يمثل خطأ عقديا وسواء أكانت هذه الأضرار مادية أو أدبية بشرط أن تكون هذه الأضرار ثابتة ثبوتاً يقينياً ويقيم المدعى الدليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضى له بالتعويض عن هذه الأضرار منعا لإثرائه بلا سبب على حساب الإدارة ومع مراعاة أن التعويض عن الأضرار المادية يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب[1].

رابعاً : الجزاءات الجنائية :

من المسلم أن القاعدة العامة تقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . فالإدارة كقاعدة عامة لا تستطيع أن توقع على المتعاقد معها جزاء جنائيا . فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص فإن ذلك لا يصل إلى حد تضمين هذه العقود جزاءات جنائية .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : تاريخ ١٩٩٤/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٦٨٢ لسنة ٣٥ق - الموسوعة حـ٤٩ ص٢٧٠ .

وعلى الرغم من ذلك فإن الإدارة قد توقع على المتعاقد معها بعض الجــزاءات الجنائــية بوصفها سلطة عامة وليس بوصفها طرفا فى العقد . وذلــك مــرده أن الإدارة عامـــة تستطيع أن توقع عليه لوائح الضبط ، بما تحتويه من بوصفها سلطة عامة منوط بها حماية النظام العام .

والإدارة تمــارس هــذه السلطة تجاه المتعاقد وغيره من المواطنين فـــى الحــدود التى رسمها القانون . وواجب عليها أن تترفع عن الانحراف عــند ممارسة هذه السلطة . ومن ثم ليس لها أن تستعمل هذه السلطات من أجل إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته .

وتــنص المــادة ٧٩ مــن قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علــى مــا يلــى : « يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفــظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يــرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط . ويلــتزم المقــاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مســئوليته فــى هذه الحالات مباشرة دون تدخل الجهة الإدارية وفى حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق فى تنفيذها على نفقته ».

ومن ناحية أخرى ينص قانون العقوبات على تجريم بعض الأخطاء الــتى تتصــل بتنفــيذ العقود الإدارية واعتبارها جرائم جنائية ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١١٦ مكرر جـ من قانون العقوبات . « كل من أخل عمدا بتنفــيذ كــل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريــد أو الــتزام أو أشــغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة فى

المـادة ١١٩ أو مع إحدى شركات المساهمة ويترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكـب أى غـش فى تنفيذ هذا العقد يعاقد بالسجن وتكون العقوبة الأشـغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة فى زمن الحرب ، وترتب عليها أضرار بمركز البلاد الاقتصادى أو بمصلحة قومية لها» .

وكل من استعمال أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأى عقـد من العقود سالفة الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسـادها يعاقـب بالحـبس والغرامة التى تجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتيـن وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن فى مقدوره العلم بالغش أو الفساد ويحكـم علـى الجانى بغرامة تساوى قيمة الضرر المترتب على الجريمة ، ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر على حسب الأحوال ، المتعاقدون من الباطن والوكـلاء والوسـطاء إذا كـان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا إلى فعلهم» .

وغـنى عـن البـيان أن العقوبات الواردة فى هذه المادة لا تطبقها الإدارة مـن تلقـاء نفسـها وإنما تخضع للنظام العام فى تحريك الدعاوى الجنائية كما تقضى بذلك قواعد وإجراءات قانون الإجراءات الجنائية .

الفصل الثانى

حقوق المتعاقد مع الإدارة

«الحصول على المقابل النقدى »

كان لاتصال العقد الإدارى بالرفق العام أثر بارز فى أن تتميز الإدارة كطرف فى العقد بسلطات كثيرة فى مواجهة المتعاقد معها .على أنه إذا اقتصر العقد الإدارى على ذلك لم يكن ليستقيم الأمر .ففى مواجهة سلطات الإدارة يوجد حقوق للمتعاقد معها ففضلاً عن استحقاق الثمن والذى يعنى المقابل المالى المتفق عليه فى العقد ، فإنه يحق له أن يطالب بالتعويضات إن كان لها محل وحق المتعاقد مع الإدارة فى هذه التعويضات قد يرتبط بضرورة المحافظة على التوازن المالى فى العقد الإدارى وقد يترتب على ارتكاب الإدارة لأخطاء معينة أصابته بضرر وهو ما سوف ندرسه فيما بعد.

المبحث الأول

الحصول على المقابل المالى للعقد

يهدف المتعاقد مع الإدارة فى جل العقود الإدارية على الحصول المقابل المالى أى (الثمن) للأعمال التى قدمها للإدارة . وغالبا ما يكون هذا المقابل نقدياً.

يتخذ المقابل المالى شكل الثمن فى أغلب العقود الإدارية بما فى ذلك عقدي الأشغال العامة والتوريد أما فى عقد الالتزام فيكون فى صورة الرسم الذى يفرضه الملتزم على جمهور المنتفعين وفقا للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة فى العقد..

والأصل أن الشروط التى تتعلق بتحديد المقابل النقدى فى العقود

الإداريـــة تعتبر شروطا تعاقدية لا يجوز للإدارة بإرادتها المنفردة أن تعدلها أو تغيرها . ولكن يلزم أن يتفق الطرفان على ذلك .

على أنه يرد على هذه القاعدة استثناءان يتعلق الأول بالرسم الذى يقتضـــيه المتعاقد مع الإدارة فى عقود الالتزام حيث يعد شرطا من الشروط اللائحية التى يمكن للإدارة أن تعدلها أو تغيرها دون حاجة لموافقة الملتزم.

أمـــا الاســـتثناء الـــثانى فيتعلق بالعقود التى تؤدى وظائف الأعمال الشـــرطية فهـــذه العقـــود تعهـــد إلـــى المتعاقد معها مراكز نظامية . كعقد التوظف. فالمرتب الذى هو المقابل المالى لعقد التوظف يصبح تابعاً للمركز النظامى ومن ثم تستطيع الإدارة أن تعدله بالنقص أو بالزيادة كلما أرادت[١].

وعلـــى ذلك فإن المقابل المالى الذى يستحقه المتعاقد مع الإدارة قد يكـــون ثمناً وهو الغالب وقد يكون رسماً كما فى عقد الالتزام . على أن أمر تحديد واستحقاق كل منهما يتطلب مزيداً من إلقاء الضوء .

١- تحديد الثمن :

الأصل أن يتم ذلك باتفاق طرفى العقد . وكما سبق أن قلنا أن الثمن شرط تعاقدى ، يهدف إليه المتعاقد مع الإدارة . فهو فى كل حال يسعى إلى تحقـــيق الربح وهو هدف مشروع . وإذا كانت الإدارة واجب عليها أن تدفع السعر الذى اتفقت عليه مع المتعاقد فإن القانون قد أحاط عملية تحديد الثمن فى العقد لضوابط يجب ألا تخالفها الإدارة . وأهم هذه الضوابط ما يلى :

أ - إرســـاء المناقصـــة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل ســـعراً بعـــد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية

---

(١) سليمان الطماوى : الأسس العامة - المرجع السابق ص٣٨٥ .

والمالية (المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية) .

ب- حددت المادة ٥٥ من للائحة التنفيذية القواعد التى تحكم كتابة وتحديد الأسعار فى العروض المقدمة وهى كما يلى :

- أسـعار العطـاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقماً وحروفاً باللغـة العربـية ويكـون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .

- ويجـوز فـى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتـب الأسـعار بالعملـة الأجنبية وتتم معاداتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن فى تاريخ فتح المظاريف .

- ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .

- لا يجـوز الكشـط أو المحـو فى جدول الفئات . وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته رقماً وحروفاً وتوثيقه .

ب- تسديد الثمن :

القاعدة أن تسديد الثمن لا يكون إلا بعد أداء المتعاقد مع الإدارة لالتزامه.

علـى أن الأخـذ بهـذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدى فى كثير من الأحـيان إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة فقد يستمر تنفيذ العقد مدة طويلة . فضلاً عن انفاقه مبالغ طائلة . ومن ثم فإنه استثناء من ذلك فإن الإدارة قد تصرف للمتعاقد معها دفعات مقدمة من قيمة التعاقد أو دفعات تحت الحساب بعد تمام بعض الأعمال .

والصورة الأولى نصت عليه المادة ٦٩ من للائحة التنفيذية للقانون

٨٩ لسنة ١٩٩٨ بضوابط محددة كما يلي « يكون الترخيص بصرف مبالغ مقدماً من قيمة التعاقد بموافقة السلطة المختصة وبشرط أن يكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان مصرفي معتمد بذات القيمة والعمل وغير مقيد بأي شرط وساري المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلي لتلك المبالغ ويستثنى من شرط تقديم خطاب الضمان المشار إليه حالات التعاقد التي تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

ويراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات إضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي وقت البت في المناقصة إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدماً وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلي .

على أنه في الحالات التي تكون فيها بداية تنفيذ العقد معلقة على تحقق أكثر من واقعة من بينها صرف الدفعة المقدمة فيراعى ألا يتم صرفها إلا بعد تحقق جميع الوقائع الأخرى .

ويجب في جميع الحالات أن يكون الدفع المقدم في حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التي يتم فيها التعاقد .

أما بالنسبة للصورة الثانية :

فقد نصت عليها المادة ٨٥ من ذات للائحة التنفيذية كما يلي « يجوز بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وعلى مسئوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وعلى النحو الآتي :

أ - بحد أقصى ٩٥% من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول كما

يجوز صرف ٥% الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت .

ب- بحد أقصى ٧٥% من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقا عليها أن تكون مشونة بموقع العمل في حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلي اللازم وذلك من واقع فئات العقد ، وتعامل كالمشونات المواد التي تورد لموقع العمل صالحة للتركيب إلى أن يتم تركيبها .

وللجهة الإدارية المتعاقدة الحق في تنظيم الدفع للمقاول عن الأعمال التي تتم على نحو مغاير إذا قضت طبيعة الأعمال المسندة إليه ذلك ولها الحق في عدم صرف الدفع إذا رأت أن تقدم العمل أو سلوك المقاول غير مرضي .

ج - بعد تسلم الأعمال موقتا تقوم الجهة الإدارية بتحرير الكشوف الختامية بقية جميع الأعمال التي تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحق بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقه عليه .

٢- الرسم :

يعتبر الرسم هو المقابل المالي الرئيسي الذي يحصل عليه الملتزم في عقد الالتزام وهو يحصله من الجمهور .

ويعد الرسم في عقد الالتزام من الشروط اللائحية على خلاف الثمن في غيره من العقود . ومن ثم فإن الإدارة تستطيع أن تغير في الرسم حسب ما تقتضيه مصلحة المرفق . بل أن الإدارة قد تستقل بتحديده وتقديره . ويجب أن تراعي في ذلك تحقيق المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق

فضلاً عن ضرورة التزامها بما يحدده المشرع من قواعد في هذا الصدد .

ويجب أن لا تتجاوز ما يحصل عليه الملتزم عن ١٠% من صافي أرباح المرفق كما نصت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

المبحث الثاني

الدفع بعدم التنفيذ

تنص القاعدة العامة في عقود الأفراد وفقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جـاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض ...» .

وهو ما يعرف في الفقه بالدفع بعدم تنفيذ العقد . فهل تخضع العقود الإداريـة لمـثل هـذا الدفع ؟ فلو فرضنا أن الإدارة قد تقاعست عن أداء الـتزاماتها تجاه المتعاقد معها فهل يجوز لهذا المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته تلبية لهذا الدفع ؟

فـي حقيقة الأمر أن الفقه والقضاء الإداري يجمع على أنه لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية . وذلك مرده وأساسه هو اتصال العقـد بنشـاط مرفق عام . وأن القول بغير ذلك ينال من مبدأ سير المرفق العـام بانـتظام واطراد وإلى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أنه من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المـرفق الـذي يهـدف العقـد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصـلحة الأفـراد الخاصة ، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسـوغ للمـتعاقد مـع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق

بحجـة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلـك مقـتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى»(١) .

والحقـيقة تتـبدى من الناحية العملية أن عدم التسليم للمتعاقد مع الجهـة الإدارية بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يؤدى فى كثير من الأحيان إلى اضـطراب تنفيذ العقد اضطراباً شديداً ويؤدى إلى تأخير المتعاقد مع الجهة الإداريـة فى الوفاء بالتزاماته وهو ما يؤدى إلى زيادة تكلفة تنفيذ العقد . وقـد سـبق وأن رأيـنا أن جهة الإدارة كان يجب عليها ألا تدخل فى إبرام العقد قبل توافر الاعتمادات المالية اللازمة لذلك . لأن غياب هذه الاعتمادات يؤثـر علـى قدرتهـا على تنفيذ التزاماتها تجاه المتعاقد معها . فضلاً عما يحملـه ذلـك مـن آثار شديدة الوطأة على اقتصاديات المتعاقد مع الجهة الإدارية سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً . ولعل أزمة مديونية الحكومة تجاه شركات المقاولات فى مصر نتيجة لهذا الأمر .

كمـا أنـه لا يخفى أن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ فى نطاق العقـود الإدارية يمثل اختلالاً واضحاً بين مركزى طرفى العقد الإدارى وهو

---

(١) راجـع فـى ذلـك قضائها فى الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٥ والطعـن رقم ١٠٢٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ والطعن رقم ١٧٣٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٨/٢٤ ، والطعنين رقم ٤٦٦٩، ٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٥ والطعـن رقم ٦١٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٩ . والطعن رقم ١٧٣٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٤ .

محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية – المرجع السابق – الكتاب الثانى ، ص١٤ .

الأمر الذى لا يحتمله كثير من العقود الإدارية الحديثة .

ولذلك كان طبيعياً أن يلجأ القضاء الإدارى فى مصر إلى عدد من الوسائل التى تخفف من غلواء هذا المبدأ حتى يستقيم أمر تنفيذ العقد الإدارى . ومن هذه الوسائل :

١- جواز الاتفاق فى عقد مقاولة الأعمال على إضافة مدة تأخير صرف مبلغ المستخلص للمقاول إلى مدة تنفيذ العقد .

وفى ذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواها رقم ٥٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ إلى «أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التى تظلل العقود جميعاً تتأبى أن تمسك الجهة الإدارية بعدم منح المتعاقد معها مهلة للتنفيذ إذا تراخت فى أداء التزاماتها المقابلة إذا ما قدرت عند التعاقد أن هذا التأخير من جانبها قد يعجزه عن أداء التزاماته فى الموعد المحدد» .

٢- عدم أداء مقابل الأعمال يعطى للمتعاقد الحق فى طلب إعادة النظر فى الأسعار :

وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواها رقم ٥٤١ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٨ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ ملف رقم ٢٦/٢/٧٨) .

«الأصل فى تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى فى تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة فى تنفيذ التزاماتها المتقابلة هذا الأصل يجوز الخروج عليه إذا ما قدرت الجهة الإدارية أن عدم تنفيذها لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه فى الموعد المحدد ويكون لها فى هذه الحالة إذا ما جاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول بسبب عدم قيامها بالتزامها بأداء مقابل الأعمال لعدم

توافـر الاعتماد المالي أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلاً وذلك فـي ضـوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقـد وتجـور المصـلحة العامـة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته .

٣- الخروج على قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ :

استشـعاراً من القضاء لثقل قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقـود الإداريـة وما تؤدى إليه من مشاكل تعطل تنفيذ هذه العقود . فإنه أجاز الخروج على هذه القاعدة إما بالاتفاق على ما يخالفها أو التمسك بعدم التنفيذ إن كان سيصيب المتعاقد مع الإدارة ضرر جسيم . وذلك كما يلي :

أ - ففـي حكمهـا بتاريخ ١٩٧١/١٢/١٨ ذهبت المحكمة الإدارية العلـيا إلى أن «الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مـع الإدارة فـي العقـود الإدارية وذلك ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانـتظام وإطـراد إلا أنـه يجـوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصـل. وفـي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفـيذ وبالـتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها»[1] .

٤- جواز الدفع بعدم التنفيذ لدرء ضرر جسيم :

فـي حكمها بتاريخ ١٩٩٧/٥/٦ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن «وحيـث أنه يكون ثابتا مما تقدم إخلال جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها

---

(١) حكـم المحكمـة الإداريـة العليا في الطعن رقم ٧٦ السنة ١١ ق جلسة ١٢/١٨/ ١٩٧١ - محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية - الكتاب الثاني - ص٥١ .

قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها الأمر الذى يستعذر معه على المقاول الاستمرار فى استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت ومن المعلوم أن عنصر التمويل العنصر الأساسى فى تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال وخاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة ويؤثر عدم السداد على المركز المالى للمتعاقد وعلى إمكانية استمراره فى التنفيذ واستكمال الأعمال .

وحيث أنه لا يغير مما تقدم ما أثاره الطاعن من أنه لا يسوغ فى العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله ويتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض فهذا القول وإن كان هو الأصل بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه ولا يسوغ إعماله إلا فى الحالات التى يكون فيها المقاول فى موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون ضرر جسيم يصيبه كما لو تقاعست الإدارة عن توفير مواد التموين فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق وهذه أمور تختلف اختلافاً جوهرياً عن إخلال الإدارة بالتزام أساسى فى العقد لا يستمر تنفيذ العقد بدونه وهو موقف الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التى قام بتنفيذها دون مبرر وخاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر فى إمكانيته فى الاستمرار فى التنفيذ .

الفصل الثالث

التوازن فى العقد الإدارى

إذا كانــت القاعدة العامة فى العقود المدنية تقضى بأن العقد شريعة المتعاقديــن ممــا يعنى معه أن طرفيه يلتزمان بالتزامات محددة ثابتة فترة تنفــيذ العقــد ، فــإن هذا الأصل لا يعدو أن يكون الاستثناء فى إطار تنفيذ العقــود الإداريــة فالقاعدة العامة فى تنفيذ هذه العقود هى مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها إما بالزيادة او بالنقصان .على أن هذه القاعدة إذا اقتصــرت على التزامات المتعاقد مع الإدارة فقط تصبح العقود الإدارية مغــرمة لهــذا المــتعاقد فضلاً عن ما يشكله ذلك من إجهاد له وغبن فى حقوقه. ومــن ثم كان لابد من أن تشمل هذه القاعدة حقوق هذا المتعاقد . ويترتب على ذلك أنه إذا زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضا وتلك هى فكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية .

وهــى فكرة منطقية فإذا كان اتصال العقد الإدارى بنشاط مرفق عام هو الذى يبرر للإدارة أن تغير فى التزامات المتعاقد معها فإن ذلك أيضا هو الــذى يــبرر ضرورة وجود التوازن المالى بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر فى تنفيذ العقد .

وظهــرت فكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩١٠[١] . وما لبث أن استقرت فى الفقه والقضاء كمبدأ أساسى يحكم التزامات المتعاقد مع الإدارة وهــو مــا أشارت إليه محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى حكمها بتاريخ

---

(١) فى ذلك راجع : سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق ص ٦١٠ .

٣٠ يونيـة ١٩٥٧ إذ تقـول «أن الفقـه والقضاء الإدارى قد خلق نظرية التوازن المـالى للعقد الإدارى وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقـدر الإمكـان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المـزايا الـتي ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الإدارى يكون فى مجموعه كـلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفة المـيزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لـم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض . فتارة يكون الـتعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هـذه النظريات والقواعد واختلاف الرأى من مبرراتها فإنه ما لا شبهة فيه أنهـا تـرتد فى الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القـانون الإدارى . كمـا أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء علـى فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فـى شـأن من شئون المرافق العامة وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح ، وأن هذه المحكمة لترى من الخير – بمناسبة هذه الدعوى الحالية التنبيه إلى أن القواعـد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الإدارى فى هذا الشـأن إنمـا كانت وليدة البحث والتقصى وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمـن لكثـير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الإدارة والمتعاقديـن معهـا . وأن الإطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتـبارات شـتى وحقائق غير منكورة حاصلها أنه يكون مفهوماً أن حق جهـة الإدارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمـال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف يقابله من جانب المتعاقد معهـا أن يهدف إلى تحقيق ربح مجزىء لـه عن رأس ماله المستغل كله

أو بعضـــه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الجانبية . ولكن هذا الوضـــع لا يعـنى أن يقـف كل منهما إزاء الطرف الأخرى موقف التربص والـتوجس وانـتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم في نزاع أن ظل كامنا فهو خليق بان يتحول في أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام القضاء بل أن الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها .أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعي فيها كثيراً من الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة ، وأن الهدف الأساسي هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، حسب أداء الأعمال والخدمـات المطلوبة وسرعة إنجازها . وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة علـى أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة فيجب أن تـؤدى بأمانــة وكفاية . وهذا وذاك يقتضى بين الطرفين قيام نوع من الـثقة المتـبادلة بيـنهما وحســن النية والتعاضد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازه في مواعـيده المحـددة ، ويطمئــن المتعاقد معها إلى أنه سينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسب قيامه بالعمل – جزاءه الأوفى وأجره العادل[١] .

وفكــرة التوازن المالي للعقود الإدارية لا تطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، وإنمـا مجال إعمالها هي حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة .

---

(١) حكـم محكمـــة القضـــاء الإدارى بـتاريخ ٣٠ يونية ١٩٥٧ – المبادئ – س١١ ص٦٠٧ .

والحـالات التي يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة التعويض بغير أن ينسب إلى الإدارة خطأ هي حالات ثلاث :

الحالة الأولى : عمل الأمير .

الحالة الثانية : الظروف الطارئة .

الحالة الثالثة : الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وسوف نتناول كل من هذه الحالات بالتفصيل كما يلي :

المطلب الأول

نظرية عمل الأمير

Le Fait Du Prince

تعتبر هـذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي . وهي أول النظريات التي أراد بهـا القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة[١].

الفرع الأول

مفهوم النظرية

تعني نظـرية عمـل الأمير صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصـورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها ويترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ويستوجب تعويضه .

---

(١) Saroit Badaoui Le Fait Du Prince Dans Les Contrats Administratif en Droit Francais et en Droit egyptien, paris , L.G.D 1955 .

وبهذا التعريف أخذت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيـة ١٩٥٧ حيـث قـررت .. أن المقصود بنظرية فعل الأمير . هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامـة «المخاطر الإدارية» وهذه الإجراءات التى تصدر من السلطة العامة قـد تكون من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة[١] .

وفـى فـتواها عرفتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأنها «إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقـت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء[٢] .

الفرع الثانى

شروط نظرية عمل الأمير

أستقر الفقـه والقضاء الإدارى سواء فى مصر أو فى فرنسا على ضـرورة توافـر عـدة شـروط لانطباق عمل الأمير . وفى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ عـددت المحكمـة الإداريـة العليا هذه الشروط كما يلى : « فـإن قضـاء هـذه المحكمة مستقر على أن القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالـتعويض بـناء علـى نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهى :

---

(١) حكمها سالف الذكر .

(٢) فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٩٦٤/١١/٢٨ السنة ١٩ ص٥١ .

١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية .

٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة .

٣- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد .

٤- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ .

٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .

٦- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه الإجراء العام(١).

وسوف نتناول هذه الشروط كما يلي : مع ملاحظة أن الشرطين الثالث والسادس هما في الحقيقة شرط واحد .

أولاً : وجود عقد إداري :

فإعمال نظرية عمل الأمير يجب أن تكون الرابطة التي تربط بين الإدارة والمتعاقد معها رابطة تعاقدية .

والربط بين تطبيق هذه النظرية ووجود الرابطة التعاقدية بين المضرور والجهة الإدارية أخذ به القضاء منذ بواكير أحكامه فقد ذهبت إلى ذلك محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٣ مارس سنة ١٩٥٧ إذ قررت «.. متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ق – جلسة ١٢/١٦/ ١٩٩٧ الموسوعة – جـ٤٩ ص١٧٧ .

القانون إذ من المقرر أن المسئولية التى ترتب التعويض فى نطاق نظرية أعمال الأمير لا تقوم إلا فى حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد ، بأن زاد فى الأعباء التى يتحملها فى تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد وأن تؤدى هذه الزيادة فى الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالى للعقد»[١] .

ثانياً : أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة :

وهذا الشرط مقصود به تحديد نطاق تطبيق هذه النظرية وقصرها على حالة صدور الفعل الضار من الجهة الإدارية المتعاقدة ولم يكن الأمر كذلك فى بدايات أعمال هذه النظرية فلقد كان ينصرف مداها نحو الأعمال التى تصدر من السلطات العامة سواء المتعاقدة أو أى سلطة أخرى .

على أن القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسى قصر نطاق تطبيق هذه النظرية على الأفعال التى تصدرها الجهة المتعاقدة أما ما عداها من أفعال تصدر عن سلطات الدولة الأخرى فأدخلها فى نطاق نظرية الظروف الطارئة كما سنرى فيما بعد .

وهو الأمر الذى تأخذ به الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ففى فتواها بتاريخ ١٩٧٩/٧/١١ .. «ومن حيث أنه بتطبيق المبادئ المتقدمة على الحالات محل البحث فإن الواضح أن زيادة الأعباء المالية للمقاولين نجمت عن رفع التسعيرة الجبرية للحديد والأسمنت وتسليمهم كميات من الحديد المستورد الذى لم تستلزم شروط التعاقد استخدامه بدلاً من الحديد المحلى وقد تم كل ذلك بإجراءات صادره من غير

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣ المجموعة س ١١ ص ٢٣٩ .

الجهــة المتعاقدة - وزارة الري - فمن ثم ينتفي شرط جوهري من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير[١].

والفعل أو الإجراء الذي يصدر عن الجهة المتعاقدة والذي يستوجب تطبيق عمل الأمير قد يكون في صورة إجراء خاص يؤدي إلى تعديل مباشر في العقد ، وقد يكون في صورة إجراء عام يؤدي إلى تعديل شروط العقد . وذلك على التفصيل الآتي :

١ - صدور عمل الأمير في صورة إجراء خاص :

علمنــا فــيما سـبق أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام أدى إلى أن الإدارة لا تقــف متساوية مع من يتعاقدون معها وإنما يكون لها مركز مميز مــن تجلياته أنها تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات يترتب عليها تعديــل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو بالزيادة وهو ما أستوجب ضــرورة تعويض هذا المتعاقد ضماناً لوجود توازن بين التزاماته وحقوقه حتى لا يفقد مبرر استمراره في علاقته التعاقدية مع الإدارة .

وعلــى ذلــك فإنــه إذا تدخلت الإدارة المتعاقدة بإجراء خاص بهذه العلاقة التعاقدية أدى إلى تعديل وتغيير في التزامات المتعاقد معها أستوجب ذلك مع توافر غيره من الشروط - تطبيق نظرية عمل الأمير .

ويشــترط بصــفة أساســية لأعمال هذه النظرية في هذا النطاق ألا يكــون القــرار أو الإجـراء الذي اتخذته الإدارة وأدى إلى تعديل التزامات المــتعاقد معهــا صحيحاً ، فإذا مثل خطأ تعاقديا أنتفى مبرر تطبيق نظرية

---

(١) فـتوى الجمعـية العمومـية لقسـمي الفـتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٧١/٧/١١ . ملف ٤٦/١/٧٨ .

عمل الأمير . وكان للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض حسب قواعد المسئولية التعاقدية عن خطأ الإدارة .

وللإجراء الخاص الذى تصدره الإدارة ويؤثر على التزامات المتعاقد صورتان .

الصورة الأولى : تعديل شروط العقد :

وفيها قد تزيد الإدارة التزامات المتعاقد معها أو تنقصها أو تغيرها.

أما الصورة الثانية : أن يؤثر الإجراء فى ظروف تنفيذ العقد :

وفى هذه الصورة لا يؤثر الإجراء الذى تتخذه الجهة الإدارية على شروط العقد وإنما يؤثر على الظروف المحيطة بالتنفيذ . ويؤدى بطبيعة الحال إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء جديدة .

على أنه يجدر التنبيه على أن قضاء مجلس الدولة فى فرنسا يقيد أعمال نظرية عمل الأمير فى هذا النطاق بطبيعة العقد ذاته .بمعنى أن ثمة عقود إدارية قد يخضع تنفيذها لظروف متغيرة تؤدى إلى زيادة أو نقص التزامات المتعاقد مع الإدارة كما هو الأمر فى بعض عقود الالتزام أو عقود التوريد . كالعقود التى يكون موضوعها توريد أغذية أو مهمات للجنود فى الجيش أو أدوية للمرضى فى المستشفيات أو المساجين فى السجون فلا يمكن أن تضمن الإدارة للمتعاقد معها أن تظل الأعداد محددة . فهى أعداد قابلة للزيادة والنقصان دائماً.

ومن ثم فقد رفض تعويض المتعاقد عن الأضرار التى لحقت به من جراء سحب الإدارة المساجين من سجن يديره مما أدى إلى نقص فى

أعدادهم[١].

كما رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض الأضرار الناجمة عن ارتفاع الأسعار الذي حدث نتيجة تدخل الإدارة سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة . كأن تشترى كميات كبيرة من السلع محل التعاقد مما يسهم في رفع الأسعار .

٢- صدور عمل الأمير في صورة إجراء عام :

في الحالة السابقة كانت صورة عمل الأمير إجراء يصدر في نطاق العقد أو في محيطه الخارجي ويؤثر في نصوص العقد ذاته أو في ظروف تنفيذه . أما الصورة الماثلة هنا فهو صدور إجراء عام ويعني ذلك صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة تؤدي إلى الإخلال بمركز المتعاقد معها ويضر مصالحه كأن تزيد من أعبائه أو تنقص منافعه .

ولم تكن هذه الصورة محل اتفاق الفقه على أحقية المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويضات على اعتبار أنها تطبيق لنظرية عمل الأمير . وذلك بدعوى أن هذه الإجراءات العامة تشمل جميع المواطنين في الدولة ولا تخص المتعاقد مع الإدارة . وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه . فقد ذهب في حكمه بتاريخ ٩ مارس ١٩٢٨ أن الإجراء العام الذي لا يوجه مباشرة إلى المتعاقد وأصابه بضرر لا يعوض بشرطين الأول أن يكون غير متوقع وهنا تطبق نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير . أما الثاني فهو أن ينص في العقد على تعويضه ، وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد التعويض تطبيقاً للنص العقدي.

---

(١) C.E.3. Avril 1903,- Mistral – Res . p. 305 .

علـــى أن جانبا آخر من الفقه يرى أن نظرية عمل الأمير تطبق في حالة الإجراءات العامة التي تمس المتعاقد مع الإدارة وتسبب له الضرر وقد ذهبـــت محكمة القضاء الإدارى في مصر في بعض أحكامها القليلة في هذا المجـــال إلـــى أن «.. نظرية عمل الحاكم تستلزم صدور إجراءات عامة من جانب السلطات العامة»[1] .

كمـــا ذهبت في حكم آخر إلى أن « يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص»[2] .

والإجـــراء العـــام قـــد يؤدى إلى تعديل شروط العقد وقد يؤثر على ظروف تنفيذه .

فمـــن ناحية أولى : قد يؤدى الإجراء العام إلى تعديل لشروط العقد إما بزيادة التزامات المتعاقد مع الإدارة فيؤدى إلى خسارته أو بإنقاصها فيؤدى إلى الإقلال من أرباحه .

ومـــن أمثلة هذه الحالة صدور قانون يقلل من نفقات الدولة مما أثر على التزاماتها التعاقدية . كما في حكم مجلس الدولة الفرنسى والذى صدر فـــى ٢٨ أبـــريل ١٩٢٨ حيـــث صدر مرسوم يقضي بخفض نفقات الدولة بنســـبته ١٠% ممـــا أدى إلـــى أن تخفض الدولة نسبة الأقساط التي تلزم بدفعهـــا إلـــى المتعاقد معها في عقد التزام مرفق سكك حديد بذات النسبة .

---

(١) محكمـــة القضـــاء الإدارى بـــتاريخ ٢ يونـــيه سنة ١٩٥٣ . المجموعة السنة ٧ ص١٣٩٧

(٢) محكمـــة القضـــاء الإدارى فـــى حكمها في ٣٠ يناير ١٩٥٥ المجموعة السنة ٩ ص٢٦٨ .

وتظلم المتعاقد مع الإدارة من هذا الخفض فحكم له مجلس الدولة بالتعويض إستناداً إلى توافر شروط نظرية عمل الأمير[١].

على أنه إذا حدد المشرع في إجرائه العام قانوناً كان أو لائحة طريقة تعويض الأضرار التي تنتج عنه وحدده . فإن القضاء يلتزم بذلك أيا كانت قيمته هذه التعويضات .

ومن ناحية ثانية : فقد يصدر الإجراء العام لكنه لا يمس شروط العقد ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذ العقد الخارجية ، وذلك كأن يجعل التنفيذ أكثر مشقة كلفة للمتعاقد مع الإدارة . وتعويض المتعاقد في مثل هذه الحالة يعتبر من قبيل الاستثناء إستناداً إلى نظرية عمل الأمير . وإن جاز التعويض فيها إستناداً إلى نظريات أخرى .

وفي هذا النطاق يتطلب القضاء في بعض أحكامه أن ينال المتعاقد مع الإدارة ضرراً خاصاً لا ينال سائر المواطنين حتى يتسنى له الحصول على التعويض إعمالاً لنظرية عمل الأمير وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري «.. يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد – على الرغم من عمومية نصوصه – المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب»[٢].

---

(١) C.E 28 Avril 1939 Chemins Defer de ouest Rev . De dreit 19 ho p .58 not jez .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٥٥ – المجموعة س٩ ص٢٦٨.

ثالثا : أن ينشأ منه ضرر للمتعاقد :

يجــب أن يترتب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ضــرر للمتعاقد معها . فلو لم يترتب عليه مثل هذا الضرر فإنه لا يستوجب البحــث فــى تعويض المتعاقد مع الإدارة . وفى نطاق نظرية عمل الأمير لا يشترط فى الضرر الذى يتحقق لهذا المتعاقد أى قدر من الجسامة فقد يكون جســيما وقــد يكون يسيرا . ويستوى أن يتمثل هذا الضرر فى زيادة أعباء المــتعاقد . أو فــى الإنقاص من أرباحه التى أراد الحصول عليها من وراء تعــاقده مــع الإدارة . فهــذا الضرر هو الذى يؤدى إلى اختلال العلاقة بين المــتعاقد والإدارة واختلالها مما يستدعى ضرورة تحقيق نوع من التوازن المــالى بيــن التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى لا يفقد حماسه فى تنفيذ العقد بما يعود بالضرر على سير وانتظام المرفق .

ويجــب أن يكون الضرر خاصا أى يصيب المتعاقد مع الإدارة وحده بالضــرر ، فــإن كــان الضرر يصيب العموم فلا وجه لانطباق نظرية عمل الأمــير ، وهــو مــا ذهبــت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ «.. ومن حيث أنه لما سبق ونظراً لأن الثابت من الأوراق أن الــزيادة الــتى طرأت فى أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة وهى مديرية الإسكان بمحافظة سوهاج وهى إحدى الجهات التابعة لمحافظة سوهاج هذا فضلا عن أن الضرر الذى تدعيه الشركة نتيجة زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصا بتلك الشركة بحسبان تلك الزيادة قد تم سريانها علــى جمــيع التعاقدات سواء فى النطاق الإدارى أو نطاق تعاملات الأفراد وبالتالى فلا تكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة للنزاع

المماثل الأمر الذى يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب»[1].

رابعاً : تفترض نظرية عمل الأمير عدم خطأ الإدارة :

فالإدارة حين اتخذت الإجراء الذى أدى إلى الإضرار بمركز المتعاقد معهـا لـم تخطئ . فنظرية عمل الأمير تفترض عدم خطأ الإدارة فإذا ثبت خطأ الإدارة فإن مسئوليتها تكون مسئولية عقدية .

فالـرابطة العقدية لا تقيد الإدارة باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تحقـيق المصـلحة العامة . وعليها أن تتخذ كل الإجراءات التى تحقق ذلك حـتى لـو ترتب على ذلك اختلال الروابط العقدية التى تربطها بمن يتعاقد معها .

خامساً : يجب أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع :

ويعتـبر هذا الشرط شرطاً عاماً فى جميع النظريات التى تسعى إلى أقامـه التوازن المالى فى العقد الإدارى وهى إلى جانب نظرية عمل الأمير نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . فإذا كان هـذا الإجراء متوقعاً فى إطار نصوص العقد الصريحة أو ما تؤول إليه من تفسير ، فإن الأمر لا يخرج عن تفسير العقد وتطبيق نصوصه ولا حاجة إذا لنظرية عمل الأمير .

وقـد فصـلت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ هذا الشرط كما يلى «.. ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فإذا

---

(١) حكم محكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ق عليا الموسوعة الجزء ٤٩ ص١٧٧ .

مـــا توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقـدر لهذه الظروف الأمر الذى يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير»[1].

وإذا كان توقع الإجراء أو عدم توقعه قد يتحقق بالنسبة للإجراءات العامـــة ، فبالنسبة للإجراءات الخاصة فإن الأمر يدق أحيانا . فالإدارة لها سـلطة تعديـل العقـد الإدارى ولو لم يثبت ذلك فى العقد ، ومن المفترض أيضا علم المتعاقد بذلك وتوقعه . على أن هذا العلم والتوقع لا ينصرف إلى أصل الحق وإنما إلى حدوده ومداه ومدى تأثيره على اقتصاديات العقد.

الفرع الثانى

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

يترتـــب على نظرية عمل الأمير جبر الأضرار التى لحقت بالمتعاقد مـــع الإدارة وذلـــك بتعويضــــه . ويعتـــبر الحصول على التعويض النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير على أن هناك نتائج أخرى فرعية كما يلى :

١ - للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزامه بتنفيذ العقد إن ترتب علـــى الإجـــراء الصـــادر عن الجهة الإدارية استحالة التنفيذ ، كأن تصدر الإدارة قراراً بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد بتوريدها .

٢ - حـــق المـــتعاقد مع الإدارة فى أن تعذره الإدارة فى حالة تأخره عـــن تنفـــيذ التزاماته الناتج عن الإجراء الذى صدر عن الإدارة ، ويترتب

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ ق ٩٨٣ لسنة ٧ق سابق الإشارة إليها .

على ذلك عدم تحصيل الغرامات التي ترتبت على التأخير في تنفيذ العقد .

٣- حق المتعاقد في فسخ العقد إن ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزامه في العقد الإداري .

على أنه يبقى أن التعويض هو النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير ومن ثم يجب البحث في أساسه وكيفية تقديره وذلك كما يلي :

أولاً : أساس التعويض :

يتردد الفقه بين أساسين للتعويض الناتج عن تطبيق نظرية عمل الأمير . فالبعض يسنده إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري والبعض الآخر يرى إسناده إلى المسئولية التعاقدية للإدارة .

والحق أن التعويض في مثل هذه الحالة إنما مرده مسئولية تعاقدية أي ناتجة عن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها وإنما هي مسئولية بلا خطأ فالإدارة لم تخطئ حين اتخذت الإجراء الذي أخل بمركز المتعاقد في العقد الإداري . وهي مسئولية تهدف إلى تحقيق التوازن المختل بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى يستمر في تنفيذ التزاماته .

ثانياً : كيفية تحديد التعويض ومداه :

إذا تحققت شروط نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق في هذه الحالة تعويضا كاملاً . وهو يشمل ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة . فالتعويض يشمل كافة النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدها المتعاقد معها وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيه المتعاقد من أرباح . وفي حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ حددت قواعد هذا التعويض بقولها «أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي

للعقـد ... أنه إذا لم يكن مقداره متفقا عليه فى العقد ، فإن جهة الإدارة لا تملـك أن تسـتقل بـتقديره . بل يقدره قاضى العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكالـيف غـير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه . ولتعبير «عدم التوقع فى هذه الخصوصية معـنى خـاص بها وهو أن التكاليف الزائدة التى تلقى على عاتق المتعاقد تعتـبر غـير مـتوقعة ما دام أنها ليست جزءاً من الاتفاق ، بمعنى أنه لا يقابلهما فى شروط العقد أى تقدير . والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعـد المقررة فى القانون الإدارى فى هذا الشأن وهو يشمل عنصرين : الأول مـا لحـق المـتعاقد من خسارة . ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلـية الـتى أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبـيعة الـتعديل ونـتائجه ومـثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمـال ، فـإن ذلك قد يؤدى إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مـرتفعة أو زيـادة فى أجور الأيدى العاملة . كما أنه من الجائز أن يترتب علـى تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة . وفى هذه الحالة يجب على جهـة الإدارة أن تعرض المتعاقد مع الإدارة على ما فاته من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله»[1] .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠/٦/١٩٥٧ سابق الذكر .

المطلب الثانى

نظرية الظروف الطارئة

Théorie de l'imprévision

الفرع الأول

مفهوم النظرية

إذا كانت نظرية عمل الأمير تحقق التوازن المالى فى العقد الإدارى فـــى مواجهـــة إجراءات صدرت من جهة الإدارة المتعاقدة ونتيجة لظروف صـــنعتها وأثرت على تنفيذ العقد الإدارى بأن أصبح مرهقا للمتعاقد معها . فـــإن نظرية الظروف الطارئة تحقق هذا التوازن فى مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة .

فـــنظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفا وحوادث غير متوقعة عند إبـــرام العقد وأدت إلى أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة أو بمعـــنى آخـــر فإنـــه أدى إلـــى قلب اقتصاديات العقد . وتؤدى إلى خسارة المـــتعاقد خســـارة غير محتملة . ففى مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئيا عن هذه الخسارة .

ونظـــرية الظـــروف الطارئة أنشأها مجلس الدولة الفرنسى وصاغ مـــبادئها . وفـــى مصر نصت المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ علـــى الأخذ بهذه النظرية فى إطار عقد الالتزام كما يلى «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار

وإذا اقتضــى الحــال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلــى القــدر المقــبول» . ويمــثل هذا النص أساساً تشريعياً للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مصر وإن اقتصر الأمر فى نطاق عقد الالتزام . ثم بعد ذلك نص عليها القانون المدنى فى المادة ١٤٧ منه كما يلى :

١- العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعهــا ، وترتــب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظــروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك » .

وبهذا النص التشريعى أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة شاملاً العقود الإدارية والمدنية على السواء .

وعــند اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية أخذ بهذه النظرية وجعلها من المبادئ الرئيسية التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية. وفــى حكمهــا بتاريخ ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ تناولت المحكمة هذه النظرية بالتفصيل كما يلى :

«إن القضــاء الإدارى قــد خــرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخــاص أن العقــد شــريعة المتعاقدين وأنه شريعة اتفاقية وأن العقد يلزم عاقديــه بمــا يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً خرج القضاء الإدارى من نطــاق تطبــيق هــذه القاعدة إلى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف

الطارئـــة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة وبما أدخله من مرونة على مبدأ العقد الملزمة في نطاق القانون الإدارى وهو مبدأ لا يطبق كما هو في العقـــود المدنـــية ، بـــل يطـــبق تطبيقاً مرناً في شأن كل من جهتى الإدارة والمـــتعاقد معها تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الإدارة فـــى بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فإنه من الطبيعى أن تطبق لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى ... وقد كانت نظرية الطوارئ غـــير المتوقعة أو الظروف الطارئة من ابتكار القضاء الإدارى وأخذ يطبقها باطـــراد علـــى جميع العقود الإدارية . وقد أقام الفقه والقضاء الإدارى هذه الـــنظرية إلـــى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة مـــنها .وإذا كـــان الطـــارئ غير المتوقع منتظمة - كالقوة القاهرة - فكرة المفاجأة والحتم إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الالتزام فهو لا يجعل هـــذا التنفـــيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاســـتحالة . يســـتتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء ، فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام وعلى هذا النحو يتحمل الدائن للمدين في تبعته. كمـــا أن نظـــرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطه فـــى نطـــاق نظرية الاستغلال أو الغبن الذى يقع لاحقا لانعقاد العقد . وهى أيضـــاً ضـــرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينيا وتنفـــيذه عـــن طريق التعويض . كما أن تطبيقها يخرج بالقاضى من حدود المـــألوف فـــى رسالته فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك إلى تعديله .

ومفـــاد نظـــرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضـــع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإدارى ، إنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقـــد الإدارى أن طـــرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد

فقلبــت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها تجعل تنفــيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقــول وإذا كانــت الخســارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العاديــة التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فــإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخســارة التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا وبذلك يضيف إلى التزامات المــتعاقد معه التزاما جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ... ومن هنا تختلف هــذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المــالي للعقــد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه ، أمــا في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا - فــإن العقد يظل قائما وموجوداً كما هو ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عــن جمــيع الأضرار التي تصيب المتعاقد . أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر»[١] .

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

أجملــت محكمة القضاء الإداري في حكمها السابق بجلسة ٣٠ يونيه ١٩٥٧ شروط تطبيق هذه النظرية كما يلي « ... ويجب لاستحقاق المتعاقد

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ سابق الإشارة إليه .

مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجية عن العقد توافر شروط ثلاثة : هي **أولاً** : أن يكون الحادث - أو الظروف - أجنبيا عن المتعاقدين أى مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه . ثانياً : أن يكون الظرف او الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد . ويقتضى الشرط البحث فى عناصر ثلاثة : **أولهما** طبيعة الحادث أو الظرف نفسه كأن يكون مثلاً من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية .. ثم أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائي لأن التعويض لا يستحق إلا إذا كان ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذى لا يطيقه المتعاقد أو مالا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء إضافية لا يستطيع احتمالها . **والثانى** : عنصر الزمن أى تحديد الوقت الذى أبرم فيه العقد للتحقق مما إذا كان المتعاقدان يتوقعان فى هذا التاريخ أن ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا . **ثالثاً** : أن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تتجاوز فداحتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ » .

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١١/٥/١٩٦٨ إذ ذهبت إلى أن «تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى الفقه والقضاء الإدارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى

أحاقــت بــه طوال فترة الظروف الطارئة وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى واســتدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه ، ويقتصر دور القاضى الإدارى على حكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية»[1] .

وفى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ رددت المحكمة ذات المعانى فى حكمها «.. فإنه من المستقر عليه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمــل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكــن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تخل معها باقتصاديات العقد إخلال جسيماً»[2] .

وعلـــى ذلـــك فإن شروط تطبيق هذه النظرية تتطلب توافر شرطين يــتعلق الأول بالظروف الطارئة التى تحدث والثانى يتعلق بمدى تأثير هذه الظروف على اقتصاديات العقد . وسوف نبحث كل منهما كما يلى :

الشرط الأول : حدوث ظرف طارئ :

وحدوث هذا الظرف الطارئ هو الشرط الأساسى الذى يبرر اللجوء إلى هذه النظرية والتى سميت به . ونعنى به الحادث الذى يطرأ خلال تنفيذ العقد فيؤدى إلى اختلال واضطراب فى شروطه التى أتفق عليها المتعاقدان بمــا يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده لها دفعا .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ طعن رقم ١٧٤٩ لسنة ١٠ق – الموسوعة جزء ١٨ ص٨٩٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ق الموسوعة جــ٤٩ ص١٧٤ .

ويثور التساؤل في إطار هذا الشرط عن طبيعة الظرف الاستثنائي ووقت وقوعه .

طبيعة الظرف الاستثنائي :هل يشترط فيه أن يكون من طبيعة اقتصادية ؟ . هذا ما ذهب إليه البعض تأسيسا على تحديد مجال نظرية الظروف الطارئة بالعمل على درأ المخاطر الاقتصادية التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة . أما نظرية عمل الأمير فتواجه المخاطر الإدارية ويبقى بعد ذلك المخاطر الطبيعية والتي تواجهها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

على أن الفقه الحديث رغم تسليمه بالأسس التي ينهض عليها هذا التقسيم إلا أنه ينطلق نحو توسيع نطاق الظرف الطارئ ليشمل كل الأسباب التي تؤدي إلى اختلال العلاقة الاقتصادية في العقد ويؤدي إلى أن يصبح الإصرار على تنفيذه بصورته إرهاق للمتعاقد مع الإدارة . وعلى ذلك فكل حادث طارئ يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالا جسيما يمكن أن يؤدي إلى تطبيق هذه النظرية .

وعلى ذلك فإن الظرف قد يكون اقتصادياً وقد يكون طبيعياً وقد يكون من عمل جهة إدارية غير الجهة العاقدة .

وهو ما تقضي به أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر .

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٢/١٦/ ١٩٩٧ إلى أن «نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد

عند إبرام العقد» .

وهـو ما يسير عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي . فقد اعتبر من قبيل الظروف الطارئة الإجراءات العامة التي تصدر عن سلطات الدولة المختلفة مثل القوانين واللوائح ، كالقوانين التي تزيد في الضرائب القائمة أو تفرض ضرائب جديدة . أو قوانين التعامل بالنقد لتخفيض سعر العملة أو منع التعامل بعملة معينة .

وفي مصر ذهب قسم الرأي مجتمعا في فتواه بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٥٤ إلى أن «يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنية المصري بالنسبة إلى الدولار حادثا استثنائيا عاماً في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني»[١].

وقد يكون هذا الظرف من الظواهر الطبيعية . كقيام الحرب أو الكوارث الطبيعية . وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ [٢]« لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها ، والتي يترتب عليها أن إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف» .

ومما سبق يتضح سعة الظروف الطارئة وتنوعها فمن الصعب تحديدها بقالب محدد .

---

(١) سبق ذكره .

(٢) سبق ذكره .

ومن ناحية ثانية : فإن وقت وقوع الظرف الاستثنائي يجب أن يكون بعد تمام العقد وخلال تنفيذه . فأما عن اشتراط وقوعه بعد إبرام العقد فذلك أمر منطقي . فإذا وقع الحادث الطارئ قبل إبرام العقد فإن الطرف الذى يريد إبرام العقد مع الإدارة يستطيع أن يمتنع عن ذلك . فإذا ما قبل إبرامه مع وجود هذا الحادث فلا يكون طارئاً ومن ثم لا تطبق هذه النظرية .

وعلى ذلك يشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وقبل تمامه بطبيعة الحال . لأن تمام تنفيذ العقد يؤدي إلى انتهاء العقد .

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة مسلم أنها تطبق على جميع العقود الإدارية فإن تطبيقها في العقود الإدارية الكبرى الالتزام والأشغال العامة والتوريد أكثر وذلك لأن هذه العقود في الغالب تتطلب وقتاً طويلاً في تنفيذها .

ويثور تساؤل عن مدى تأثير هذه الظروف إذا وقعت أثناء التنفيذ ولكن بعد فوات المواعيد المحددة في العقد لتمام هذا التنفيذ ؟ . في هذه الحالة لا يخرج الأمر عن فروض ثلاثة:

الأول : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد مع الإدارة ، فهو إذا يمثل خطأ هذا المتعاقد الذي تقاعس عن تنفيذ التزاماته بغير مبرر مشروع حتى وقعت واقعة الظرف الطارئ . فيبقى هو مسئولاً عن ذلك فضلاً عن مسئوليته العقدية عن تأخره في التنفيذ .

وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها « فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن دواعي تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة

بتطبيق تلك النظرية أن توافرت شروط إعمالها[1].

وفي حكمها بتاريخ ١٩٨٢/١١/٣٠ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى « المدعى عليه أخذ في تنفيذ العملية المقرر لها ثلاثة أشهر ونصف شهر حوالي سنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه في ١٩٧٥/٩/٢٢ إلا حوالي ٩٠% من مجموع الأعمال التي تتألف منها المقاولة ولئن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حسابه قد أسفر عن زيادة في الأسعار بلغت ١٩٥% للأعمال العادية ٢٦٠% للأعمال الصحية ٢٨٠٠% للأعمال الكهربائية - إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إذ يتعين في المقام الأول أن تطرأ الحوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة وليس بعدها - مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق فيه في يوم ١٩٧٣/١٢/٣٠ وكان من المعروف للكافة أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إلا بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها .. لذلك يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣[2] لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية » .

الثاني : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد ولكن الإدارة وافقت على

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع : جلسة ١٩٨٠/٢/٦ ملف ٢/٢/٢٢/ ٧٠٢ الموسوعة جزء ١٨ ص٩٠٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٢/١١/٣٠ طعني رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ لسنة ٢٦ق الموسوعة جـ١٨ ص٩٠٤ .

امتداد تنفيذ العقد بناء على طلب المتعاقد . فى مثل هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ٩/٦/ ١٩٦٢ إلى أن « مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة فى هذه الخسارة ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها والشراء على حسابها كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وأنه يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى إبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها فى الارتفاع» [١].

الثالث : أن يكون التأخير فى التنفيذ راجعاً إلى الإدارة ذاتها أو بسببها . وفى هذه الحالة لا جدال فى أن الإدارة تتحمل نتيجة ذلك ، فهو خطئها . ولا يكون هنا مبرر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بل يجب أعمال نظرية عمل الأمير وهو ما يضمن للمتعاقد معها الحصول على تعويض كامل .

ويشترط فى الظرف الطارئ شرطان أساسيان : يتعلق الأول : منهما بضرورة أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه . أما الثانى : فيجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد . وذلك على التفصيل التالى :

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٩/٦/١٩٦٢ طعن رقم ٣١٥٠ لسنة ٦ق الموسوعة جـ١٨ ص٩٠٠ .

١- ضرورة أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه :

واشـــتراط عـــدم توقـــع الظرف الطارئ أمر منطقي . وذلك أن كل علاقـــة تعاقديـــة لا تخلو من مخاطر متوقعة قد تؤثر على مركز طرفيها أو تغـــير من حساباته . فهذه المخاطر التي يمكن حدوثها كالزيادة المعقولة في الأســـعار لا يمكـــن أن تكـــون ظرفاً طارئا مما يبرر التدخل بتعويضه عما أحدثته هذه المخاطر . فضلا عن أن هذه المخاطر لا يمكن لها أن تؤدى إلى قلب أو تغيير في المعادلة الاقتصادية للعقد الإداري .

وعلى ذلك فإن الظرف الطارئ الذي تتطلبه نظرية الظروف الطارئة يعـــنى الظـــرف الذي يكن في حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مع الإدارة كالحـــرب والكـــوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع استيراد سلعة يلتزم بـــتوريدها أو تخفـــيض قـــيمة العملـــة فكل هذه ظروف طارئة لم تكن في حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد . . . .

وفـــي تحديـــد هـــذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها بـــتاريخ ٩ يونيه ١٩٦٢ «أن الارتفاع الباهظ في أسعار الزنبق ، إن صح أنه كان متوقعا بالنسبة إلى العقد الثاني ، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوســـع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقـــد الأول جنيه و ٦٠٠ مليم بالنسبة للكيلو فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثاني ٢ جنية و ٨٨٠ مليما ثم أصبح وقت الشراء ٤ جنيه و ٥٠ مليما ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة ..»[١].

وعلـــى ذلـــك فـــإن توقع المتعاقد مع الإدارة مجرد حدوث الظرف

---

(١) سابق الإشارة إليه .

الطارئ لا يمنع من انطباق نظرية الظروف الطارئة فى حالة ما إذا كان هذا الحدوث قد بلغ مدى بعيد . وفى ذلك ذهب قسم الرأى مجتمعا فى فتواه إلى أن « يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة إلى الدولار حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى إذ لم يكن فى وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد . ومع التسليم الجدلى بأنه كان مفروضا على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به . ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره فى التوازن المالى للعقد قد جاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد . وفى الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه فى تلك الخسائر بالقدر الذى يحد منها ويردها إلى الحد المعقول»[١] .

٢- ان يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد :

فيجب لكى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض أن تكون العلاقة بينه وبين الظرف الطارئ الذى أصابه بالضرر مقطوعة تماماً . فإذا كان ثمة ارتباط بينه وبين حدوث هذا الظرف على أى وجه فإن هذه النظرية وما ترتبه من آثار لا تنطبق فى هذه الحالة .

فإذا تسبب المتعاقد فى حدوث هذا أو شارك فى أحداثه كأن تأخر فى تنفيذ التزامه أو أهمل فى ذلك فإن حدوث هذا الظرف الطارئ لا يستتبع تعويض المتعاقد بناء على نظرية الظروف الطارئة .

---

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعا بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٧ برقم ٣٦٠ ص٨٩٦.

الشرط الثاني : مدى تأثير الظرف الطارئ على العقد الإداري :

لا يكفي حدوث الظرف الطارئ حتى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض ، وإنما يجب أن يؤدى هذا الظرف إلى قلب اقتصاديات العقد على حد تعبير محكمة القضاء الإداري .

فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد أشبه بالكارثة التي أحاطت به من كل جانب . فلا يكفي أن يفقد ما عساه أن يجنيه من أرباح كلها أو بعضها وإنما علاوة على ذلك أحاطت به خسارة ماحقة تؤدى إلى الأضرار بموقفه المالي مما يؤثر على استمرار في تنفيذ العقد الإداري .وعلى ذلك فإن هذا الظرف الطارئ يؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا إرهاقاً شديداً للمتعاقد مع الإدارة. وقياس مدى تأثير الظرف على اقتصاديات العقد إنما يقاس بقدرة المتعاقد على تحمل هذه الخسائر أو عدم تحملها فهو ليس معياراً جامداً . بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلى آخر فثمة ظرف طارئ يؤدى إلى الأضرار بمتعاقد ويرهقه إرهاقاً شديداً . وفي حالة أخرى قد لا يؤدى نفس الظرف إلى ذات النتيجة .

وهذه المعاني أشارت إليها أحكام القضاء الإداري في مصر في كل أحكامها . فها هي محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٩ يونيه سنة ١٩٦٠ على أن «مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق بالمتعاقد فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية . بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه أو انحصر كل أثر الظرف

الطـــارئ فـــى تفويت فرصة الربح على المتعاقد . فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية ..»[١] .

الفرع الثالث

آثار نظرية الظروف الطارئة

تنهض نظرية الظروف الطارئة على فكرة جوهرية ، وهي اعتراض تنفـــيذ العقد ظرف طارئ بالشروط التي سبق وحددناها – يؤدى أن تصبح التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقة له وتؤدى إلى خسارته خسارة فادحة .

فـــى هـــذه الحالـــة يجب على الإدارة أن تشارك المتعاقد معها فى خســـارته وتـــتحمل جانبا منها . وعلى ذلك فهي لا تقدم تعويضا كاملاً عن خســـارته بمقتضى الظرف الطارئ . وإنما تقدم له عونا مؤقتا يقيل عثرته ويعيـــنه علـــى أداء التزاماته العقدية . فضلاً عن أن أعمال هذه النظرية لا يـــؤدى إلـــى انتهاء التزامات المتعاقد . فعلى الرغم من الصعوبة التي تنتج عـــن وجود الظرف الطارئ إلا أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل ممدودة غير مقطوعة . وذلك على التفصيل التالى :

١- استمرار المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية :

أن تطبـــيق نظرية الظروف الاستثنائية لا يؤدى إلى توقف المتعاقد مـــع الإدارة عـــن أداء ما يترتب على العقد من التزامات . فعلى الرغم من حـــدوث هذه الظروف الطارئة وغير المتوقعة والتي لم يكن له علاقة بها ، فـــإن اســـتمرار تنفـــيذ العقد أمر لازم . وكل ما يستطيع أن يطالب به جهة الإدارة هو أن تشاركه تحمل بعض جوانب هذه الخسارة التي لحقت به .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ١٩ يونيه ١٩٦٠ المجموعة س١٤ ص٢٦١ .

وعلـــى ذلـــك فـــإن توقـــف المتعاقد عن تنفيذ العقد فى ظل وجود الحـــوادث الطارئة يمثل خطأ عقدياً تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تنزل عليه الجـــزاء المناســـب . فضـــلاً عـــن أن توقفه عن تنفيذ التزاماته يمنعه من الاســـتفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أو يقلل من نسبة التعويض الـــتى يمكـــن أن يحصـــل عليها وذلك نظراً لخصم المبالغ المستحقة عليه كغـــرامات تأخـــير مـــن قيمة ما يستحقه من تعويض . وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونيه ١٩٦٢ . كما يلى « أن مقتضـــى نظـــرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المـــتعاقدة فـــى هـــذه الخســـارة ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو يقوم به جهة الإدارة نيابة عـــنها عـــند الشـــراء علـــى حسابها ، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وفقاً لأحكام لائحة المخازن والمشـــتريات وأنـــه يجـــب أن يؤخذ فى الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى إبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه »[1].

وإذا كانـــت المحكمـــة الإدارية العليا قد أقرت فى هذا الحكم إمكانية تطبـــيق نظـــرية الظروف الطارئة ، على الرغم من توقف الشركة المتعاقدة عـــن تنفـــيذ العقد . مع خصم غرامات الـــتأخير المستحق عليها من مبلغ التعويض المستحق لها نتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

وعلـــى خـــلاف مـــا سبق قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشـــريع فى فتواها بتاريخ ١٩٨٠/٢/٦ . «فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ

---

(١) سبق الإشارة إليه .

العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن دواعي تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط أعمالها .. » .

٢- حق المتعاقد في الحصول على تعويض :

إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة ، فإن الأمر يقتضي من جهة الإدارة المتعاقدة أن تشاركه جزءا من الخسارة التي لحقت به من جراء الحادث الطارئ .

وحق المتعاقد مع الإدارة في التعويض يثير مسألتين تتعلق الأولى ببيان أساس التعويض . والثانية حدود هذا التعويض .

فمن ناحية أولى : يتأسس التعويض الذي يناله المتعاقد مع الإدارة في رأي البعض على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري على أن الأخذ بهذا الرأي يستدعي بطبيعة الحال أن تعوض الإدارة المتعاقد معها تعويضاً كاملاً غير منقوص عن كل الأضرار التي تسببها الظروف الطارئة . وهو أمر لم يقل به أحد . فالتعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالة لا يخرج عن كونه أعانة تهدف إلى إقالة عثرته ومشاركته في جزء من خسارته .

ويؤسس البعض هذا التعويض على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية. فاتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام يؤدي إلى ضرورة أن تسعى أطرافه إلى الحفاظ على هذه الرابطة حتى لا يتأثر المرفق العام بانقطاعها قبل أن تحقق أهدافها . وعلى ذلك فإنه إذا طرأت ظروف طارئة وغير متوقعة أصابت المتعاقد مع الإدارة بخسارة فادحة تهدد بالتوقف عن تنفيذ

التزاماته العقدية ، فأن اتصال العقد بنشاط مرفق عام يستدعي ضرورة أن تتحمل الإدارة جزءاً من هذه الخسارة حتى تعود للمتعاقد معها بعض عافيته ويستمر في تنفيذ العقد .

ويحكم آثار نظرية الظروف الطارئة – في إطار عقود القانون الخاص – نص المادة ١٤٧ من القانون المدني والتي ترتب عليها ما يلي «.. جاز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» .

وعلى ذلك فإن للقاضي المدني أن يعدل في نصوص العقد تلبية لما أحدثته نظرية الظروف الطارئة من اختلال . فله أن ينقص التزام الطرف الذي أصابه الضرر أو يزيد في التزامات الطرف الثاني .

وهذه السلطة الواسعة المخولة للقاضي المدني لم يسلم بها أبداً للقاضي الإداري . فأيا كانت تأثيرات الظروف الطارئة على النصوص التي يحتويها العقد الإداري فإن سلطة القاضي الإداري تنحصر عنها ومن ثم فهو لا يستطيع أن يغير فيها أو يعدل منها بالزيادة أو النقصان . وكل ما هو له أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بتعويض يجبر جزءاً من خسارته . دون أن يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية . وهو ما قررته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ «.. ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة الظرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام ، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل

الالتزامات العقدية . »[1].

علـــى أن يـــثور التساؤل عن كيفية حساب التعويض إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة .

ســبق أن عرفنا أن التعويض الذى يترتب على نظرية عمل الأمير هو تعويض كامل يشمل ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب وما لحقه من خســـارة . أمـــا الـــتعويض المترتب على نظرية الظروف الطارئة فهو فى حقيقـــته معاونة تقدمها الإدارة للمتعاقد معها حتى تقيل عثرته وتخفف من خســـارته ، لكـــى يســـتطيع أن يستمر فى تنفيذ التزاماته . وعلى ذلك فإن الـــتعويض فى ظل هذه النظرية يوزع بين طرفى العقد على أن هذا التوزيع لا تحكمــــه قـــاعدة ثابتة وإنما يراعى فيها القاضى مقتضى الحال وظروف العقد والمتعاقد . والقدر الذى يلزم من التعويض حتى لا يتوقف تنفيذ العقد.

وفـــى ذلـــك تذهب المحكمة الإدارية العليا «.. وأن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها فـــى هـــذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصـــل التنفـــيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشـــراء علـــى حســـابه . ومـــن حيث أنه فى ضوء ما تقدم يحق للطاعن المطالـــبة بتطبـــيق أحكـــام نظرية الظروف الطارئة على حالته ، والمحكمة وهى تطبق هذه الأحكام على وقائع الدعوى المطروحة، تضع فى اعتبارها. أن الـــزيادة فـــى أسعار الشعير الذى اشترت به جهة الإدارة هذا المحصول علـــى حساب الطاعن لم تكن باهظة إذ بلغ فرق السعر حوالى ١,٥٠٠ عن

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ الطعنين رقم ١٥٦٢ لسنه ١٠ق ، ٦٨ لسنة ١١ق – الموسوعة جـــ١٨ ص٨٩٢ .

كـــل إردب ومن ثم فلا مجال لتطبيق الأحكام المشار إليها بالنسبة إلى شراء المحصـــول أما بالنسبة إلى التبن فإن الزيادة في الأسعار قد بلغت ٢٠ جنيه فـــي الحمـــل . وبمراعاة الظروف والاعتبارات السابق بيانها ترى المحكمة حقـــاً وعـــدلاً ، أن تشـــارك جهـــة الإدارة الطاعن في هذه الزيادة مناصفة بينهما..» [1].

المطلب الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

Théorie De Sujétions Imprvues

الفرع الأول

مفهوم النظرية

تنهض نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أساس مواجهة المـــتعاقد مع الإدارة – أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية – لمشاكل وصعوبات مادية استثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين أبرم العقد .

ولا يشـــترط أن تـــؤدى هـــذه الصـــعوبات إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالـــتزاماته مســـتحيلاً . وإنما يكفى أن تؤدى إلى جعل هذا التنفيذ مرهقاً له ومكلفـــاً بصورة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد . وتترتب هذه النظرية ضرورة تعويـــض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات – بوصفها السابق – من أضرار تعويضا كاملاً .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٨٤/١/٢١ – الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق – الموسوعة الإدارية الحديثة –جـــ١٨ – ص٩٠٩ .

وتجد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مجال تطبيقها الرئيسي في عقود الأشغال العامة .

وفي حكمها بتاريخ ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ أجملت محكمة القضاء الإداري أحكام هذه النظرية كما يلي « الصعوبات غير المتوقعة من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجب - من باب العدالة - تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه نية الطرفين المشتركة . والتعويض هنا لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ أضافي له على الأسعار المتفق عليها . وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة . كما تختلف أيضاً عن حالة القوة القاهرة في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسراً وأكثر تكلفة في حين أنه في حالة القوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيذ مستحيلاً . كما أنه يترتب على القوة القاهرة أما وقف التنفيذ أو فسخ العقد . أما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يفترض على العكس الاستمرار في التنفيذ بسبب هذا الوضع الخاص للنظرية ويشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر

شروط خاصة يمكن أجمالها بصفة عامة فيما يلى :

أولاً : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية .

ثانياً : أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو لا يمكن توقعها أو لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد .

ثالثاً : أن يترتب على تنفيذ العقد نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد فى أعباء المتعاقد مع الإدارة .

وفى هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها بالتعويض . أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن النظرية لا تطبق . ولا يستحق المتعاقد مع الإدارة أى تعويض(١).

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بحكمها فى تاريخ ١٦/١٢/١٩٩٧ بقولها «.. يلتزم للقضاء بأحقية المقاول للتعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية :

أولاً : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية .

ثانياً : أن تكون الصعوبات طارئة غير متوقعة أو بما لا يمكن توقعه أو لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد .

ثالثاً : أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد فى أعباء المتعاقد مع الإدارة(٢) .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : فى ٣٠/١٢/١٩٩٧ القضية رقم ٧٨٩٢ بسنة ٨ق المجموعة س١١ ص١٥٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – بتاريخ ٣٠/١٢/١٩٩٧ الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٣٩ ق – الموسوعة – جـ ٤٩ ص١٧١ .

الفرع الثانى

شروط تطبيق النظرية

لا عمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصـــعوبات مادية وذات طبيعة استثنائية لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتوقعها وذلك على الوجه التالى :

١ - أن تواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية.

الصـــعوبات الماديـــة تكون فى الأغلب صعوبات طبيعية لم تكن فى حســـابات المـــتعاقد وقت إبرام العقد ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أكثر إرهاقاً وأكثر كلفة عما قدره وإبرم العقد بناء عليه .

ففـــى نطـــاق عقـــد الأشغال العامة تتبدى هذه الصعوبات فى عدم صـــلاحية الأرض محـــل الأشغال العامة كأن تكون الأرض صخرية أو غير صـــالحة للبـــناء عليها أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر كافة مما قدره العاقدان وقـــت إبـــرام العقـــد . وفى هذه الحالات تكون الصعوبات المادية صعوبات طبيعـــية . على أن ذلك لا ينفى أن تنشأ هذه الصعوبات بفعل إنسان أجنبى عن العقد .

ولكـــى تبرر هذه الصعوبات المادية حصول المتعاقد على التعويض يجـــب أن لا تحـــدث بفعـــل أحـــد المتعاقدين . فضلا عن ضرورة أن تكون استثنائية وغير متوقعة .

فمـن ناحية أولى : يجـــب ألا تحـــدث الصـــعوبات المادية بفعل أحد المتعاقديـــن فهى ليست من عمل الإدارة . فإن كانت هذه الصعوبات راجعة إلـــى عمل الإدارة فإن الأمر لا يتعلق بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير

المـــتوقعة ، وإنمـــا يتعلق بنظرية عمل الأمير . وإن كانت هذه الصعوبات راجعـــة إلى فعل المتعاقد مع الإدارة أو ترتب على فعله زيادتها فإنه وحده يتحمل مسئوليتها ولا يكون ثمة ضرورة لانطباق هذه النظرية أو غيرها .

ومـــن ناحية ثانية : يجب أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طابع استثنائي . فالصعوبات العادية التى تواجه المتعاقد مع الإدارة لا تســتدعي التعويض عنها فكل علاقة تعاقدية يمكن أن تواجه بمثل هذه الصعوبات العادية . وإنما يجب أن تكون هذه الصعوبات غير عادية لا يمكن توقعها .

الشرط الثاني : أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة :

يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة فتنفيذ العقد ينطوى على بعــض المخاطر والصعوبات التى يجب على المتعاقد مع الإدارة مواجهتها وتحمـــل تــبعاتها . فالصعوبات التى تستدعي أن تعوضها الإدارة يجب ألا تكـــون مـــتوقعة بل يجب أن تكون مفاجئة للمتعاقد . فإن كان ثمة إمكانية لتوقعها ببعض الجهد أثناء التعاقد فلا محل لانطباق هذه النظرية .

وهـــو مـــا تؤكده محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٢٠/١/ ١٩٥٧ ســـابق الإشارة إليه حيث تقول « .. ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فـــإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو ممـــا لا يمكن توقعه أو ليس فى الوسع توقعها . هذا الشرط ينطوى إلى حد كبـــير علـــى معـــنى المفاجأة فى صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفســـه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها إلا بناء على دفتر الشروط ولا من دراســـته الأولـــية للشروط أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفـــوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسيير المرفق العام المتعاقد بشأنه ..» .

وهـــو مــــا تؤكــده المحكمة الإدارية العليا فى حكمها فى ٣٠/١٢/ ١٩٩٧ (ســـابق الإشارة إليه) «... ومن حيث أنه لما سبق وكانت الإدارة حســبما ســلف لــم تنف وجود اختلاف في طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الإضافية عن طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية والتى كانـــت محـــلاً للعقـــد الأصلى كما وأن الثابت من تقرير الخبير الذى ندبته محكمـــة القضـــاء الإدارى أن الأتــربة المتولدة عن الحفر بالنسبة للأعمال الإضـــافية تختلف اختلافا جوهريا عن الأعمال الأصلية – وأن حجم الأتربة التى قام المطعون ضده بنقلها بمناسبة تنفيذ الأعمال الإضافية يجاوز نسبة ٢٥% من قيمة الأعمال الأصلية ... ومن ثم فإنه لذلك ونظراً لأن الإدارة لم تقـــدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض محل الأعمال الإضافية أو أن الإدارة بنفســـها كانـــت تعلم باختلاف طبيعة الأرض بالنسبة للأعمال الإضافية عن الأعمال الأصلية كما وأنه حسبما سلف لا يمكن القول بامتداد الإقرار الصادر من المطعون ضده بمعاينة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية إلى الأعمال الإضافية – وبالتالى يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفى العقد ...» .

وتعتـــبر الصعوبات غير متوقعة حتى إذا ورد نص فى العقد يتضمن التنبيه عن طبيعة التربة وإنها قد تكون مختلفة وبها صعوبات .

فـــإن هـــذا التنبيه إنما يحمل على الصعوبات التى تطرأ على تنفيذ العقد فى الحدود المعقولة . وهو ما ذهبت إليه فتوى مجلس الدولة « .. لا يصـــح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسئولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة ، كتلك التى صادفتها متمـــثلة فى زيادة حجم التربة الصلبة أضعافا مضاعفة تجاوز ما كان مقدراً

علـــى أســـاس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيـــئة . ذلـــك أن هذا القول مردود بأن ما جاء في العقد وفي الشروط في خصـــوص التنبيه إلى طبيعة التربة وإلى ما تحتويه من صخور صلبة ونحو ذلـــك يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبنيا على الاختبارات والبحوث الممكن إجراءها عند وضع مثل هذا التقدير أما ما جاوز هذه الحدود . مما يكون تم التسليم بأنه لـــم يكـــن لـــيخطر ببال أي من المتعاقدين أو ما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهـــن بـــه عـــند الـــتعاقد فـــإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقديـــن مـــع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقـــة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات يقتضي القول بأنه ممـــا لـــم يـــتجه إلـــيه قصـــد المتعاقديـــن لأمر بديهي هو أنهما لم يكونا يتوقعانه»[1].على أنه إذا اتفق الطرفان وقت إبرام العقد على تحمل المتعاقد مـــع الإدارة المســـئولية الكاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة . فإنه يجب الالتزام بذلك وإن كان مثل هـــذا الأمر لا ينفي تعويضه على أساس نظرية الظروف الطارئة أن توافرت فـــي هـــذه الصـــعوبات شـــروط الحادث الطارئ . وفي ذلك ذهبت المحكمة الإداريـــة العليا «... إذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة أن المقـــاول مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة وليس من شأن الصعوبات المادية غير

---

(١) فـــتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٣/٤ الموسوعة جـــ١٨ ص٩١٤ .

المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول أن تخول حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها فى الخسارة التى تكون قد لحقته إذ أن الصعوبات سالفة الذكر - أيا كان شأنها - لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب فى الخسارة الفادحة التى تختل بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيما وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى واستدامة سير المرفق العام الذى يخدمه[1] .

الشرط الثالث : أن يترتب على هذه الصعوبات ضرر للمتعاقد مع الإدارة :

فيجب أن يترتب على وجود هذه الصعوبات المادية - بأوصافها السابقة - ضرر للمتعاقد . فمثل هذا الضرر هو الذى يبرر إلزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها . فلو فرضنا جدلاً أن المقاول يملك أجهزة متطورة تستطيع أن تتغلب على الصعوبات المادية التى يمكن أن تقابله . فإن ذلك لا يستدعى تطبيق النظرية .

والضرر المتصور حدوثه فى إطار تواجد هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة فى الأسعار بصورة لم تكن متوقعة . يترتب عليه زيادة نفقات الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد من أعباء المتعاقد أما إذا كانت الزيادة لا تخل باقتصاديات العقد ولا تؤدى إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة لا تستوجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفى ذلك ذهبت الجمعية العمومية للفتوى فى فتواها رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢ سالفة الذكر . إلى أن «وتحديد الزيادة مسألة

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : طعن رقم ٢١١ لسنة ١١ق بتاريخ ١٩٦٦/٦/٢٤ الموسوعة جـ١٨ ص٩١٨ .

فنــية وذلك مع مراعاة أن يؤخذ في الاعتبار في هذا المقام أن كل زيادة لا يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد ولا تؤدى تبعا إلى وضع الشركة فــى مركــز غــير ذلك الذى يمكن توقعه عند التعاقد ويكون من شأنه قلب اقتصــاديات العقــد - لا مجــرد اعتــبار تنفيذه مما يرهق الشركة ويثقل كاهلها - كل زيادة لا تكون من شأنها ذلك يتجاوز عنها ولا تعوض الشركة عنها... » .

الفرع الثالث

آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافــرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يترتب على ذلك أمرين :

الأمر الأول : استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته .فنظرية الصــعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر على التزام المتعاقد مع الإدارة . فهــى لا تؤدى إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام . ولكنها تؤدى إلى أن يصبح هــذا التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة وذلك لا يؤدى إلى توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته .

الأمــر الثانى : أن يترتــب علــى نظــرية الصــعوبات المادية غير المــتوقعة ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في التكاليف أو الأسعار تعويضا كاملاً . وهى في ذلك كمثل نظرية عمــل الأمــير وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة التي لا يعدو أن يكون التعويض فيها مجرد معاونة من الإدارة للمتعاقد معها .

وعلى ذلك فإن التعويض الذى يترتب على وجود الصعوبات المادية

غير المتوقعة هو تعويض كامل يجبر كافة المصاريف والزيادات فى الأسعار التى تكبدها المتعاقد مع الإدارة نتيجة لوجود هذه الصعوبات .

وهـو مـا ذهبـت إلـيه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ سـابق الإشارة إليه «.. وبالتالى يكون الثابت من الأوراق أن هـناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفى العقد قد صادفت تنفيذ الأعمـال الإضـافية الـتى قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطـاق العقـد وأن تلـك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة وأنه ما كان بإمكان طرفى العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطـباق نظـرية الصـعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول والتكاليف التى تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها فى العقد

لا تسـرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة وإذ ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التى تحملها المطعـون ضـده عـند تنفيذ الأعمال الإضافية بما يجاوز نسبة ٢٥% من الأعمـال الأصـلية - فإنـه يكـون قد صادف صحيح حكم القانون جديراً بالتأييد» .

وفيما يلى جدول يبين شروط وآثار كل نظرية من النظريات الثلاث

وجه المقارنة النظرية	الشروط	الآثار
عمل الأمير	١- وجود عقد إدارى . ٢- فعل ضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة دون خطأ منها فى صورة إجراء عام غير متوقع . ٣- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص.	- حق المتعاقد فى التحلل من التزامه إن ترتب عليها استحالة تنفيذ العقد . - حقه فى أن تعذره الإدارة فى حالة تأخره عن تنفيذ التزاماته . - حق المتعاقد فى فسخ العقد . - حقه فى الحصول على التعويض الكامل .
الظروف الطارئة	١- ظرف طارىء : أ- غير متوقع ولا يمكن دفعه . ب- أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد . ٢- أن يؤثر هذا الظرف فى اقتصاديات العقد بأن يؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاقاً شديداً للمتعاقد مع الإدارة .	- لا يستحق المتعاقد مع الإدارة بمقتضاها تعويضاً كاملاً وإنما تساعده الإدارة على تخطى هذا الظرف بتعويض جزئى . - استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد.
الصعوبات المادية	١- صعوبات مادية وغير عادية (استثنائية) . ٢- صعوبات طارئة وغير متوقعة. ٣- أن يترتب عليها نفقات فى التنفيذ تجاوز الأسعار المتفق عليها.	- استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد. - حق المتعاقد فى الحصول على تعويض كامل .

الباب الخامس

نهاية العقود الإدارية



الفصل الأول

النهاية الطبيعية للعقود الإدارية

تنــتهى العقــود الإدارية كشأن العقود جميعها نهاية طبيعية إذا تم تنفيذ الالتزامات التى تترتب عليها تنفيذاً كاملاً ، فإذا كان الأمر يتعلق بعقد توريـــد مثلاً فإن ذلك يكون بتسليم البضائع المطلوبة . وإذا تعلق الأمر بعقد أشغال عامة فإن العقد ينتهى بإتمام الأعمال المطلوبة على أنه يجب التمييز بيــن العقــود الفوريـــة التى لا تستغرق زمناً للتنفيذ والعقود الزمنية التى تستغرق زمنا طويلاً كعقد الالتزام وعقد الإيجار وغير ذلك .

فـــالعقود الفورية تنقضى بالتنفيذ المحدد ميعاده فى العقد ولا تتولد عنها آثار تمتد عبر الزمن ولذلك سميت بالعقود الفورية .

أما العقود الزمنية : فإنها تنتهى بانتهاء المدة التى يحددها العقد . مـــا لم يتفق الطرفان على تجديد العقد ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً وقد يكـــون ضـــمنيا . كأن ينص العقد على أن يجدد تلقائيا ما لم يبد أحد طرفيه الرغـبة فى إنهائه . وفى هذه الحالة يتجدد العقد تلقائيا وهو ما ذهبت إليه المحكمـــة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ إلى أنه «.. ومن حيـــث أنه يبين من مطالعة الأوراق أن الهيئة الطاعنة تعاقدت مع المطعون ضـــده بموجب عقد مؤرخ ١٩٧٩/٧/١٠ على عملية نقل وتفريغ الثلج ... وتضـــمن البند الثامن من هذا العقد بأن التعاقد سنة واحدة تبدأ من ١٠/٧/ ١٩٧٩ وتنتهى فى ١٩٨٠/٧/٩ ويتجدد العقد تلقائيا لمدد أخرى مماثلة ما لـــم ينبه أحد الطرفين على الآخر برغبته فى إنهاء التعاقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب توصى عليه . ومن حيث أنه لما كان مفاد البند الثامن من العقـــد مـــثار النزاع أن مدة التعاقد عام واحد يتجدد تلقائيا ما لم ينبه أحد

، الطرفيــن الآخر برغبته في إنهاء العقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب موصى عليــه وكــان الثابت أن مدة هذا العقد تبدأ من ١٠/٧/١٩٧٩ وتنتهى فى ١٠/٧/١٩٧٩ وقــد خلت الأوراق من دليل يفيد قيام الهيئة الطاعنة بالتنبيه على المطعون ضــده برغبتها في إنهاء التعاقد في الميعاد الموضح بالبند الثامن من هذا العقد فمن ثــم يعتبر العقد مجددا لعام آخر ، يبدأ اعتبار من ١٠/٧/١٩٨٠ وبهذه المثابة فإن قــيام الهيــئة الطاعــنة بإنهاء العقد محل النزاع بدون مراعاة الميعاد المشار إليه يشكل ركن الخطأ في جانبها لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية ..»[١].

وإذا استطال أمد تنفيذ العقد الإدارى بحيث تجاوز المدة المحددة فى العقد فإن الأمر لا يخرج عن احتمالين :

الأول : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى المتعاقد ولذلك يتحمل هو مسئوليته.

الثاني : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى الإدارة وفى هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد معها ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فــى حكمها بتاريخ ٥/٧/١٩٩٤ « .. ومقتضى ذلك أنه إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفــيذ العقــد فى غير المدة المحددة للتنفيذ بسبب يرجع إلى جهة الإدارة فإن من حقه أن يحصل على أية أعباء إضافية تحملها نتيجة تنفيذه للأعمــال محل العقد فى فترة تالية للفترة المحددة لتنفيذها ، وبالتالى يكون لــه الحــق فــى المطالبة بأية زيادة قد تطرأ فى أسعار المواد وخلافه مما يستعمل فى العملية محل التعاقد .. »[٢].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٦/٥/١٩٩٥ الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ق الموسوعة – جـ٤٩ ص١٥٣ .

(٢) حكــم المحكمــة الإدارية العليا : بتاريخ ٥/٧/١٩٩٤ الطعن رقم ٤٤١٦ ، ٤٦٢٣ لسنة ٣٥ق – الموسوعة – جـ٤٩ ص١٢٩

الفصل الثاني

النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية

الأصـــل أن يـــبلغ العقد منتهاه ، ويصل إلى نهايته الطبيعية بتنفيذ المـــتعاقدان لالتزاماتهما الواردة في العقد والمترتبة عليه . على أن ذلك لا يكون دائما وفي كل الأحوال . فثمت عقود تنحل وتتحلل قبل أن تبلغ نهايته الطبيعية . وقد يكون ذلك باتفاق طرفيه . أو بحكم القانون او بحكم قضائي أو بـــالإدارة المـــنفردة لـــلإدارة وهو ما سبق ودرسناه عند دراسة سلطات الإدارة في العقد الإداري .

أولاً : انتهاء العقد باتفاق الطرفين

وهـــو أمر مشروع ، فالعقد يتكون بإرادة طرفيه ، ولا مانع من أن ينتهي قبل ميعاده باتفاق طرفيه . على أن ذلك يقتضي أن تعبر للإدارة عن رغبتها في ذلك بصورة صريحة، وأن يكون لديها من الأسباب ما يبرر ذلك.

ثانياً : انتهاء العقد بنص القانون :

قـــد يرتـــب القانون في بعض الحالات فسخ العقد ومن ذلك ما نص عليه قانون المناقصات في المادة ٢٤ منه على ما يلي :

يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين :

أ – إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع ، بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشـــر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة .

ب– إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

وينقضي العقد بقوة القانون أيضاً في حالات أخرى كما لو هلك محل

العقد . أو ارتكاب المتعاقد لجريمة معينة .

ثالثاً : انتهاء العقد بحكم قضائي :

فـي هـذه الحالة ينتهي العقد بحكم قضائي ، ويكون ذلك في حالة لجـوء أحـد طرفـيه إلـى القاضي طالبا فسخ العقد . وغالبا ما يكون هو المـتعاقد مع الإدارة . لأن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة .

ويجوز للمتعاقد مع الإدارة طلب إنهاء العقد لأحد الأسباب الآتية :

أ- القـوة القاهرة وهي الحادث الذى يستحيل دفعه ولا يرجع لإدارة أحـد طرفي العقد سواء في حدوثه أو في توقعه ويترتب عليه جعل التنفيذ مستحيلاً .

ب- إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبه على العقد ؛ ففي حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية فلا مندوحة أمام المتعاقد من طلب فسخ العقد . فـلا يسـوغ أن يلـتزم المـتعاقد بتنفيذ التزاماتها في مقابل إخلال الإدارة لالتزاماتها .

ج- تجـاوز الإدارة لسـلطاتها : على الرغم من أن العقد الإدارى يجعـل لـلإدارة مركـزاً فريداً ومتميزا مرده مسئوليتها عن تنظيم وتسيير المـرافق العامــة . فإنه عقد يجب أن تحترم فيه الإدارة ما اتفقت عليه مع المـتعاقد معهـا ولا تتجاوزه إلا للضرورة وتحقيقا للمصلحة العامة فإذا ما ثبـت أن هذا التجاوز كان انحرافاً بالسلطة أو تزيداً لا مبرر له فإنه في هذه الحالـة يكون للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القاضي طالبا منه فصم عرى العقد الإدارى جزاء وفاقا لتجاوز الإدارة لسلطاتها .

الفهـــرس

الموضـــوع	الصفحة
مقدمة الطبعة الثانية	٧
مقدمـة الطبعة الأولى	٩
الباب الأول : العقود الإدارية فى فرنسا ومصر – النشأة والمفهوم .	١٣
الفصل الأول : نشأة العقود الإدارية فى فرنسا ومصر	١٥
المبحث الأول : نشأة العقود الإدارية فى فرنسا	١٥
المطلب الأول : التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية	١٦
المطلب الثانى : ظهور معيار المرفق العام	١٧
المبحث الثانى : نشأة العقود الإدارية فى مصر	١٨
المطلب الأول : مرحلة القضاء الموحد	١٨
المطلب الثانى : مراحل اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية	٢١
الفصل الثانى : بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية والبحث عن معيار يميز بينهما	٢٥
المبحث الأول : تطور المعيار المميز للعقد الإدارى	٢٥
المبحث الثانى : عناصر المعيار المميز للعقد الإدارى	٢٨
المطلب الأول : ضرورة أن تكون الإدارة طرفا فى **العقد**	٣٣
المطلب الثانى : أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام	٣٨
المطلب الثالث : أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية	٤٠
أولاً : مفهوم الشروط الاستثنائية	٤٠
ثانياً : أهم صور الشروط الاستثنائية	٤٥

١ - شروط لها طابع السلطة العامة ٤٦
٢ - شروط ترتبط بمبادىء القانون العام ٤٧
فصل الثالث : مركز المتعاقدين فى العقد الإدارى ٤٩
المبحث الأول : جمود الاتجاهات القضائية فى نظرية العقود الإدارية ٥٠
المبحث الثانى : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى ٥٧
المطلب الأول : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى ٥٨
الفرع الأول : سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها ٥٩
الفرع الثانى : عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة ٦٢
الفرع الثالث : سلطة الإدارة فى عدم اعتماد الترسية ٦٣
المطلب الثانى : مظاهر الاختلال فى مرحلة تنفيذ العقد ٦٧
الفرع الأول : تعويض المتعاقد مع الإدارة جزئيا فى الظروف الطارئة ٦٨
الفرع الثانى : ضرورة أن ترتبط ممارسة الإدارة لسلطاتها فى العقد الإدارى بطبيعة العقد وحصول المتعاقد معها على تعويض ٦٩
الفصل الرابع : صور العقود الإدارية ٧١
المبحث الأول : عقد الالتزام ٧١
المطلب الأول : تعريف عقد الالتزام ٧٢

المطلب الثاني : طبيعة عقد الالتزام ٧٤
أولا : الشروط التعاقدية ٧٤
ثانيا : الشروط اللائحية ٧٤
المطلب الثالث : النظام القانوني لعقد الالتزام ٧٧
أولاً : السلطة المانحة للالتزام ٧٧
ثانياً : مدة الالتزام ٧٨
المطلب الرابع : آثار عقد الالتزام ٧٩
أولاً : حقوق السلطة مانحة الالتزام ٧٩
١- حق الرقابة ٧٩
٢- حق التعديل ٨٠
٣- حق الاسترداد ٨١
ثانياً : حقوق الملتزم ٨١
١- حق اقتضاء المقابل ٨٢
٢- حق الحصول على المزايا ٨٢
٣- حقه في التوازن المالي للعقد ٨٢
ثالثاً : حقوق المنتفعين في عقد الالتزام ٨٣
المطلب الخامس : التطور الحديث لعقود الالتزام ٨٤
أولاً : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ... ٨٦
تعريف عقود عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ... ٨٦
مجالات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ٨٧
- الجهة الإدارية ٨٩
- شركة المشروع ٩٠

الخلفية الاقتصادية لنظام البوت ٩٣
ثانيا : أشكال عقود البوت ٩٤
١- البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T ٩٤
٢- البناء والتملك والتشغيل B.O.T ٩٥
٣- البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T ٩٥
٤- الايجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.B.O.T ... ٩٥
٥- البناء ونقل الملكية والتشغيل B.T.O ٩٦
ثالثا:الصيغة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .. ٩٦
عقود البوت B.O.T بين المنافع والمخاوف ١٠٠
غياب التنظيم التشريعى الشامل لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T واللجوء إلى المعالجة الجزئية ١٠٧
أولا : القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ .... ١٠٩
ثانيا : القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة ١١٠
ثالثا : القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ فى شأن تعديل أحكام القانون ٨٤ لسنة ١٩٦٨ .... ١١١
ملامح أساسية لقانون الالتزام ١١٦
المبحث الثانى : عقد الأشغال العامة ١١٧
أولا : تعريف عقد الاشغال ١١٧
ثانيا : شروط عقد الاشغال ١١٨
المبحث الثالث : عقد التوريد ١٩٩
الباب الثانى : إبرام العقود الإدارية ١٢١

إبرام العقود الإدارية ١٢٣
الفصل الأول : الإجراءات السابقة على التعاقد الإدارى ١٢٥
المبحث الأول : تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة ١٢٥
المبحث الثانى : الاستشارة السابقة ١٢٨
المبحث الثالث : توافر الاعتماد المالى ١٢٩
المبحث الرابع : الإذن بالتعاقد ١٣١
المطلب الأول : تطلب موافقة البرلمان لإبرام بعض العقود الإدارية ١٣٢
المطلب الثانى : تطلب موافقة جهة إدارية قبل إبرام العقد ... ١٣٣
المطلب الثالث : أثر مخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد ١٣٤
الفصل الثانى : **أساليب إبرام العقود الإدارية** ١٣٧
المبحث الأول : المناقصات ١٣٨
المطلب الأول : المبادىء العامة التى تحكم نظام المناقصة العامة ١٣٨
الفرع الأول : المبدأ الأول : حرية المنافسة ١٣٩
أولاً : تعريف مبدأ حرية المنافسة ١٣٩
ثانياً : القيود التى ترد على مبدأ حرية المنافسة ١٤١
الفرع الثانى : مبدأ العلانية ١٤٨
أولاً : الإعلان عن المناقصة ١٤٨
١- موضوع الإعلان ١٥٠
٢- تحديد شروط المناقصة ١٥١
٣- الطبيعة القانونية لكراسات الشروط ١٥٢
ثانياً : تحديد من له حق الاشتراك فى المناقصة ١٥٤
الفرع الثالث : تقديم العطاء ١٥٩

أولاً : إعداد العطاء ومرفقاته ١٥٩
١ – العرض الفنى والعرض المالى ١٥٩
أ – ضرورة كتابة السعر بشكل معين ١٦٠
ب– ضرورة أن يكون السعر نهائياً ١٦٢
ج– زيادة الأسعار بقيمة الضرائب ١٦٣
٢ – مرفقات العطاء ١٦٤
أ – التأمين الابتدائى ١٦٥
١ – صور التأمين الابتدائى.................. ١٦٧
التأمين النقدى ١٦٧
الشيكات ١٦٨
خطابات الضمان ١٦٩
٢ – كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائى ١٧٠
أ– حساب التأمين الابتدائى فى العطاء غير محدد الموضوع .. ١٧١
ب– حساب التأمين فى حالة تقديم عطاء أكثر تميزاً وتطرأ ... ١٧١
٣ – الخطأ فى حساب التأمين الابتدائى ١٧٤
ب– التحفظات المصاحبة للعطاء ١٧٦
١ – شروط صحة التحفظات ١٧٨
٢ – أنواع التحفظات ١٧٨
ثانياً : سلطة الإدارة فى قبول العطاء ١٧٩
١ – شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة فى الاستبعاد ١٨٠
أ – شروط قبول العطاء ١٨٠
١ – ميعاد وصول العطاء ١٨١
٢ – كيفية تقديم العطاء ١٨٢

ب- سلطة الإدارة في الاستبعاد ١٨٣
١- حالات الاستبعاد ١٨٤
أ- الاستبعاد تطبيقا لشرط حسن السمعة ١٨٤
ب- الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان ١٨٧
ج- استبعاد العطاء لعدم توافر الشروط ١٨٩
د- الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية ١٨٩
٢- الرقابة القضائية على قرارات الاستبعاد ١٩١
٣- الأثر القانوني المترتب على تصدير العطاء ١٩١
أ - أساس الالتزام ١٩٢
ب- مدة الالتزام ١٩٥
المطلب الثاني : إسناد التعاقد عن طريق المناقصة ١٩٦
الفرع الأول : كيفية الإسناد وضماناته ٢٠٠
أولاً : ضمانات الإسناد ٢٠٣
أ - تشكيل لجان البت ٢٠٤
٢- ضمانات عمل لجان البت ٢٠٨
ثانياً : كيفية الإسناد ٢٠٩
١- فحص العروض الفنية ٢٠٩
٢- فتح المظاريف المالية ٢١٠
المبحث الثاني : التعاقد عن غير طريق المناقصة ٢١٢
المطلب الأول : الممارسة العامة ٢١٢
المطلب الثاني : الاتفاق المباشر ٢١٤
الباب الثالث : التحكيم والعقود الإدارية ٢٢١
الفصل الأول : التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا ٢٢١

المبحث الأول : الحظـــر التشـــريعي للتحكيم فى العقود الإدارية ومـوقف القضاء منه ٢٢٢

المبحث الثاني : الاستثناءات التشريعية التي أجازت التحكيم فى العقود الإدارية ٢٢٦

المطلب الأول : قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ .... ٢٢٦

المطلب الثاني : قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ .... ٢٢٨

الفصل الثاني : التحكيم فى العقود الإدارية فى مصر ٢٣١

المبحث الأول : غـياب النص التشريعي واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية ٢٣٣

المطلب الأول : عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية ٢٣٥

المطلب الثاني : جواز التحكيم فى العقود الإدارية ٢٣٩

المبحث الثاني : صدور القانون ٢٧ لسنة ٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية ٢٤٢

المبحث الثالث : خضوع العقود الإدارية للتحكيم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .... ٢٤٥

المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون ٢٤٦

المطلب الثاني : شروط تطبيق القانون ٢٥٠

الفصل الثالث : أثار التحكيم فى العقود الإدارية ٢٥٥

الباب الرابع : أثار العقد الإداري ٢٥٩

الفصل الأول : التزامات المتعاقد مع الإدارة وسلطات الإدارة فى مواجهته ٢٦١

المبحث الأول : التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته شخصيا ٢٦٢

أولا : التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن ٢٦٣

ثانياً : موت المتعاقد مع الإدارة ٢٦٧
ثالثاً : إفلاس المتعاقد أو إعساره ٢٦٨
المبحث الثاني : سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد ٢٦٩
المطلب الأول : حق الرقابة ٢٧١
المطلب الثاني : حق التعديل ٢٧٤
المطلب الثالث : حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد .. ٢٨٢
الفرع الأول : النظام القانوني للجزاءات الإدارية ٢٨٣
أولاً : حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها ٢٨٣
ثانياً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لا تحتاج إلى نص ... ٢٨٥
ثالثاً : إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ٢٨٦
رابعاً : رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء ... ٢٨٧
الفرع الثاني : صور الجزاءات الإدارية ٢٨٨
أولاً : الجزاءات المالية ٢٨٨
ثانياً : وسائل الضغط والإكراه ٢٩٢
ثالثاً : الفسـخ ٢٩٤
رابعاً : الجزاءات التأديبية ٢٩٦
الفصل الثاني : حقوق المتعاقد مع الإدارة ٢٩٩
المبحث الأول : الحصول على المقابل المالي للعقد ٢٩٩
– تحديد الثمن ٣٠٠
– تسديد الثمن ٣٠١
– الرسـم ٣٠٣
المبحث الثاني : مدى جواز المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ ٣٠٤
الفصل الثالث : التوازن المالي في العقد الإداري ٣٠٩

المطلب الأول : نظرية عمل الأمير ٣١٢
الفرع الأول : مفهوم النظرية ٣١٢
الفرع الثاني : شروط نظرية عمل الأمير ٣١٣
أولا : وجود عقد إداري ٣١٤
ثانيا : فعل ضار ٣١٥
ثالثا : ضرر المتعاقد ٣٢١
رابعا : عدم خطأ الإدارة ٣٢٢
خامسا : يجب أن يكون الإجراء غير متوقع ٣٢٢
الفرع الثالث : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير .. ٣٢٣
أولا :أساس التعويض ٣٢٤
ثانياً : كيفية تحديده ومداه ٣٢٤
المطلب الثاني : نظرية الظروف الطارئة ٣٢٦
الفرع الأول : مفهوم النظرية ٣٢٦
الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ٣٢٩
الشرط الأول : حدوث ظرف طارىء ٣٣١
الشرط الثاني : مدى تأثيره على العقد الإداري ٣٣٩
الفرع الثالث : آثار نظرية الظروف الطارئة ٣٤٠
المطلب الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ٣٤٥
الفرع الأول : مفهوم النظرية ٣٤٥
الفرع الثاني : شروط تطبيق النظرية ٣٤٨
الفرع الثالث : آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .. ٣٥٣
الباب الخامس : نهاية العقود الإدارية ٣٥٧
الفصل الأول : النهاية الطبيعية للعقود الإدارية ٣٥٩
الفصل الثاني : النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية ٣٦٢

الفهـرس ٣٦٣

رقم الإيداع ٢٠٠٤/١٨٨٢٨
الترقيم الدولي I . S . B . N
977 - 04 - 4603 - 3